Das Verhältnis der öffentlichrechtlichen Bauerlaubnis zur privatrechtlichen Rechtsnachfolge in das Eigentum eines Baugrundstücks, dargestellt aus Wesen und Inhalt der Bauerlaubnis nach dem öffentlichen Rechte der deutschen Länder

---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte
der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Kurt Alt
Gerichtsreferendar in Lüneburg

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig
1926

Gutachter: Dr. jur. Julius Hatschek, ord. Professor der Rechte in Göttingen.

Tag der mündlichen Prüfung: 13. Juli 1925.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Darstellung des Aufbaues V
Verzeichnis der benutzten Schriften . . . . . VII—IX

Aufbau.

Darstellung.

A. Einleitung . . . . . 1—2
I. Das Problem . . . . . 1—2
II. Die praktische Bedeutung des Problems 2
III. Die theoretische Bedeutung 2

B. Darstellung . . . . . 3—56
I. Die Darstellung von Schrifttum sowie Rechtsprechung und Verwaltungsübung 3
II. Die Vorfragen der Entscheidung 3
a) Inhalt der Bauerlaubnis . . . . . 3—13
1. Erlaubnis der Bautätigkeit 10
2. Erlaubnis des Stehens . . . . . 10—13
b) Wesen der Bauerlaubnis als Staatsakt . . . . . 13—24
1. Rechtskraftwirkung dieses Staatsaktes . . . . . 13—24
2. Der „Tatbestand" 24
objektive / subjektive } Grenzen dieses Tatbestandes.
III. Das Verhältnis der beteiligten Personen (Erlaubnisempfänger und Rechtsnachfolger) zum Tatbestand und zum entscheidenden Ausspruch . . . . . 25—39
a) Die polizeilich wesentlichen Momente erlaubnispflichtiger Unternehmen . . . . . 26—27
1. die persönlichen
2. die persönlich-sachlichen } Mittel des Unternehmens . . . 26—29
3. die rein sachlichen
b) Die polizeilich wesentlichen Momente des Bauvorhabens . 28—29
c) Die Person des Erlaubnisempfängers . . . . . 29—30
1. Sachbefugnis („Können") . . . . . 30—31
2. Erlaubnisempfänger („Dürfen") . . . . . 31—38
d) Die Person des Rechtsnachfolgers 39
1. Das „Können".
2. Das „Dürfen".
IV. Die „Rechtsnachfolge" . . . . . 39—56
a) Der Rechtsnachfolger im Privatrecht und seine Stellung im öffentlichen Recht . . . . . 39—42
1. Nach Erteilung der Bauerlaubnis, aber vor Baubeginn 40—42
2. Nach Baubeginn . . . . . 40—42
b) Die Nebenbestimmungen . . . . . 42—54
1. Arten der Nebenbestimmungen . . . . . 42—50
aa) Echte Bedingungen . . . . . 42—49

I. Bedingungen im weiteren Sinne: „Maßgaben" 44—48
aaa) Unmittelbare Maßgaben.
bbb) Mittelbare Maßgaben.
II. Bedingungen im engeren Sinne . . . . . 48—49
aaa) Auflösende Bedingungen.
bbb) Aufschiebende Bedingungen.
bb) Unechte Bedingungen . . . . . 49—50
I. Polizeibefehle, die sich auf die handwerksmäßige Ausführung des Baues beziehen.
II. Auflagen.
III. Mahnungen.
2. Zeitpunkt der Hinzufügung von Nebenbestimmungen . . 50—52
aa) Ursprüngliche } Nebenbestimmungen.
bb) Nachträgliche }
I. Vor Baubeginn.
II. Nach Baubeginn.
cc) Die Zurücknahme der Bauerlaubnis.
3. Die Weiterwirkung und die Nebenbestimmungen . . . . 52—54
aa) bei echten Bedingungen,
bb) bei der Ausnahmebewilligung,
cc) bei den Auflagen.
c) Als Anhang . . . . . 54—56
Die Versagung der Bauerlaubnis und die Weiterwirkung.
C. Schlußwort 56

Verzeichnis des Schrifttums.

1. Ackermann, Der Baukonsens und die polizeilichen Beschränkungen der Baufreiheit nach preußischem Recht.
2. Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten. Herausgegeben von Rehbein und Reinke. 5. Aufl. Berlin 1894.
3. Desgleichen. Herausgegeben von Koch. 8. Aufl. Bd. 1. 1884.
4. Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik. Jahrg. 1879.
5. Anschütz, Fälle und Fragen des Staats- und Verwaltungsrechts. 3. Aufl. Berlin 1921.
6. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. Berlin 1921.
7. Apelt, Grundzüge des Sächsischen Baurechts. Ergänzungsband zu Bd. 44 der Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung.
8. Baltz, Preußisches Baupolizeirecht. 4. Aufl. 1910.
9. Baupolizeiverordnung für die Landgemeinden und Gutsbezirke des Regierungsbezirkes Hildesheim. 1912.
10. Baupolizeiverordnung für die Stadt Emden. 1909.
11. Baupolizeiverordnung für Lüneburg, Stadtkreis und Regierungsbezirk.
12. Breslauer Baupolizeirecht. Herausgegeben von Schönwälder.
13. Die Württembergische Bauordnung. Herausgegeben von Kälber und Möricke. Stuttgart 1910.
14. Baupolizeiliche Mitteilungen. Herausgegeben von A. Plathner.
15. Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Wien 1886.
16. Bitter, Artikel „Bauerlaubnis" im Handwörterbuch der preußischen Verwaltung Bd. 1 1906. (s. unter Nr. 30 des Verz.)
17. Brauchitsch, Verwaltungsgesetze. Bd. 2. 16. Aufl. 1917.
18. Brauns, Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß. Bd. 44. 1914.
19. Othmar Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der Deutschen Verwaltungsrechtsprechung. Berlin, Stuttgart, Leipzig 1914.
20. H. Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts. Bd. 1. 5. Aufl. Halle 1894.
21. Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts. 1920.
22. Karl Friedrichs, Verwaltungsrechtspflege. Bd. 1 u. 2.
23. Derselbe, Das Polizeigesetz von 1911.
24. Derselbe im Verwaltungsarchiv Bd. 21 (1913) S. 146—148.
25. Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. Bd. 1. 7. Aufl. Berlin 1897.
26. Otto von Gierke, Das Deutsche Genossenschaftsrecht. Bd. 2. Berlin 1873.
27. Derselbe, Deutsches Privatrecht. Bd. 1, 1895; Bd. 2, 1905. Im Systematischen Handbuch der Rechtswissenschaft von Binding.
28. Goez, Verwaltungsrechtspflege in Württemberg. Tübingen u. Leipzig 1902.
29. Handbuch der Kommunal-Wissenschaften. Bd. 1, 1918, S. 250—253.
30. Handwörterbuch der Preußischen Verwaltung. Bd. 1, 1906, S. 1075.
31. Julius Hatschek, Lehrbuch des Deutschen und Preußischen Verwaltungsrechts. 3. u. 4. Aufl. Leipzig u. Erlangen 1924.
32. Derselbe, Deutsches und Preußisches Staatsrecht. 1922.
33. Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.

34. Derselbe, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts.
35. Holtz und Kreutz, Das Preußische Wassergesetz vom 7.4. 1913. Berlin 1914.
36. Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. Bd. 4. 1914.
37. Hue de Grais, Handbuch der Verfassung und Verwaltung. 1906.
38. Jahrbuch der Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht. Herausgegeben von Soergel. Berlin, Stuttgart, Leipzig 1. Jahrg. 1907/08, 5. Jahrg. 1912.
39. Jahrbuch des Sächsischen OVG. Herausgegeben von Mitgliedern des Gerichtshofes.
40. Jahrbücher der Entscheidungen des Thüringischen OVG. desgl.
41. Jebens, Verwaltungsrechtliche Aufsätze in Anlehnung an die Rechtsprechung der Preuß. OVG. Berlin 1899.
42. Georg Jellinek, System der subjektiv-öffentlichen Rechte. 1905.
43. Walter Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkung. Bd. 1. Tübingen 1908.
44. Derselbe, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Tübingen 1913.
45. Illing-Kautz, Handbuch für Preußische Verwaltungsbeamte. Bd. 1. S. 1524—1529.
46. H. Isay, Patentgesetz. 3. Aufl. Berlin 1920.
47. Kamm in Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß Bd. 44 S. 84 ff.
48. v. Kamptz-Delius, Die Rechtsprechungen des Reichsgerichts und Kammergerichts auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts. Bd. 1 u. 2. 1906/07.
49. Th. Kittel, Die rechtliche Stellung des Straßenbahnunternehmers zu Staat und Gemeinde. In Eger Bd. 23, 1907.
50. J. Kohler, Zivilprozeß- und Konkursrecht.
51. Kommunales Jahrbuch. Herausgegeben von Lindemann, Schwander, Südekum. Kriegsband. Jena 1919.
52. Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Berlin 1910.
53. Derselbe, Beziehungen zu Justiz und Verwaltung. Jahrbuch des VerwR. Bd. 7, 1913, S. 13 ff.
54. Derselbe in Hirths Annalen für das Deutsche Reich 1911 S. 913.
55. Derselbe im Archiv des öffentlichen Rechts Bd. 30, 1913, S. 253—263.
56. Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. Bd. 2. 5. Aufl. 1911.
57. R. v. Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung. Bd. 1. 6. Aufl. München 1911.
58. Landmann-Rohmer, Kommentar zur Gewerbeordnung. Bd. 1. 6. Aufl. München 1917.
59. Leuthold, Sächsisches Baupolizeirecht. 1895.
60. Lindemann, „Baulastenbücher", im Preuß. VerwBlatt Bd. 37.
61. Loening, Artikel „Baupolizei" im Handbuch der Staatswissenschaften 3. Aufl. Bd. 1 S. 712.
62. Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. Breslau 1901.
63. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht. In Bindings Systematischem Handbuch Bd. 1, 2. Aufl. 1914, sowie 3. Aufl. 1923.
64. Derselbe im Archiv für öffentliches Recht Bd. 1 S. 720, Bd. 21 S. 1.
65. Georg Meyer-Dochow, Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Bd. 1. 3. Aufl. 1910.
66. Nieder, Das Wassergesetz für Württemberg v. 1.12. 1900. Ellwangen 1902.
67. Oesfeld, Die Rechtsgrundsätze in Preußischen Bausachen. 1897.
68. Redlich, Bedeutung eines Gesetzentwurfes betr. Baulastenbücher. Im PrVerwBl. Bd. 38, 1917, S. 443—445.
69. Reger, Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden auf dem Gebiete des Verwaltungs- und Polizei-Strafrechts. Bde. 27, 28, 30.
70. Rehm, Die rechtliche Stellung der Gewerbekonzession. 1899.

71. Rosin, Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen. 2. Aufl. 1895.
72. Roth, Kommentar zur Badischen Landes-Bauordnung. 2. Aufl. 1909.
73. Rudorff, Über Bauerlaubnis und Baubedingung im Preuß. Verwaltungsrecht. Abhandlungen aus dem Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht, herausgegeben von Zorn und Stier-Somlo.
74. Rumpelt, Kommentar zu dem Baugesetz für das Königreich Sachsen. 3. Aufl. Leipzig 1904.
75. Saran, Das Baufluchtliniengesetz. Berlin 1911.
76. Saß, Preußisches Baupolizeirecht. Berlin 1909.
77. Sauer, Grundlagen des Prozeßrechtes. Stuttgart 1919.
78. Schanze, Die Patenterteilung. Im Archiv f. öff. Recht Bd. 9.
79. Schanz, Die Baugenehmigungen in Bayern. Würzburger Dissertation 1900.
80. Schneider in Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 29, 1901, S. 96 ff.
81. Paul Schoen, Deutsches Verwaltungsrecht. In der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft Bd. 4, 7. Aufl. 1914.
82. Scholz, Zur Lehre von der Bauerlaubnis. Im Verwaltungsarchiv Bd. 23/24, 1915/16.
83. Siméon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche. Bd. 1 u. 2. 8./9. Aufl. Berlin 1921.
84. Soergel, Jahrbuch der Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht. Bd. 1 u. 5.
85. Staudinger, Bd. 1 u. 6. 7. u. 8. Aufl.
86. Stengel, Wörterbuch des Deutschen Verwaltungsrechts. Bd. 1. 2. Aufl. 1911.
87. Thoma, Der Polizeibefehl im Badischen Recht. Teil I. Tübingen 1906.
88. Tetzner, Das Rechtskraftproblem im Verwaltungsrecht. Im Verwaltungsarchiv Bd. 19/20, 1911/12.
89. Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages. Berlin 1902/03.
90. Walz, Staatsrecht des Großherzogtums Baden.
91. Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung für das Kgr. Sachsen. Bd. 19.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548122_0055

A. Einleitung.

I. Diese Arbeit behandelt die übrigens nicht nur im Gebiete der Bauerlaubnis, sondern auch bei anderen Erlaubniserteilungen auftretende Streitfrage, ob eine Bauerlaubnis ihre Rechtswirkungen lediglich auf die Person des Erlaubnisempfängers beschränkt, oder ob sie ihre Wirkungen auch auf diejenigen Personen ausdehnt, die im Wege einer privatrechtlichen Rechtsnachfolge (Übereignung, Erbfall und dergl.) in das Eigentum*) des Baugrundstücks jedenfalls auf dem Gebiete des Privatrechts an die Stelle des vorigen Eigentümers und Erlaubniserwerbers treten. Mit anderen Worten gesagt: „Ist die Bauerlaubnis eine höchstpersönliche, nur einer ganz bestimmten Person erteilte Polizeierlaubnis, die mit deren Wegfall gegenstandslos wird, oder ist sie eine Erlaubnis, die einer Person ohne Rücksicht auf ihre persönlichen Eigenschaften, wohl aber mit Rücksicht auf ein Bauunternehmen gegeben worden ist?"

Im Schrifttum ist diese Streitfrage unter dem Namen der sogenannten „Dinglichkeit der Bauerlaubnis" bekannt. Jedoch ist noch nach keiner Richtung hin eine brauchbare Erklärung für diese Streitfrage gefunden worden. Dies Schlagwort der Dinglichkeit, welches mit Ungeschick dem Privatrecht entlehnt und in das öffentliche Recht verpflanzt ist, will besagen, daß die Bauerlaubnis von der Person des Erlaubnisempfängers wie überhaupt jeder bestimmten Person losgelöst als zum Grund und Boden des Baugrundstücks gehörig angesehen werden will, gewissermaßen als Bestandteilen des Eigentumes, wie es gemäß § 96 BGB. bei Grunddienstbarkeiten, Realgewerbeberechtigungen**), Patronats „Kirchenstuhls" und Erbbegräbnisrechten (jedoch nicht das Apothekerprivileg — Pr. OVG. Bd. 57 S. 122) auf seiten des herrschenden Grundstücks der Fall ist.

Eine Verknüpfung der Bauerlaubnis, eines Ausspruches des Staates als Hoheitsperson, mit dem privatrechtlichen Eigentume dergestalt, daß die Bauerlaubnis das Schicksal des Eigentumes (§ 96 BGB.) als Bestandteil dieses Eigentumes teilt, kann von vornherein schon deshalb nicht angenommen werden, weil die Bauerlaubnis keine Rechte verleiht, sondern

---

*) Wie unten noch des näheren dargestellt wird, ist außer dem Eigentum auch jedes Besitzrecht zur Erwirkung der Bauerlaubnis genügend. Daraus folgt, daß bei der privatrechtlichen Rechtsnachfolge auch ein Besitzrecht, wie es Miete usw. gewähren, zum Gegenstand der Betrachtung gehört.

**) vgl. Siméon (Nr. 280 d. Verz.) § 22, 4b S. 162.

lediglich sagt, daß etwas geschehen darf, was vordem verboten war, und weil ein Ausspruch des verwaltenden Staates nicht zum Bestandteil und Anhängsel eines privatrechtlichen Institutes herabsinken kann. Daß aber aus anderen Gründen die Bauerlaubnis infolge eines Personenwechsels ihre Wirkungen nicht beendet und daß sie von persönlichen Momenten unberührt fortbesteht, soll die Bearbeitung des Problemes zeigen.

II. Die praktische Bedeutung der Wirkung der Bauerlaubnis über die Person des Erlaubnisempfängers hinaus liegt auf der Hand, wenn man bedenkt, daß sonst im Falle eines Personenwechsels der Bauherren während des Bauens der neue Bauherr in oft langwierigen und kostspieligen Verhandlungen mit der Baupolizeibehörde erst eine neue Bauerlaubnis erwirken müßte, ehe er den Fortgang des Baues betreiben dürfte. Der neue Bauherr wäre also der Baupolizeibehörde gegenüber in der gleichen Lage wie jeder am Bau Nichtbeteiligte; das allgemeine Verbotsgesetz der §§ 67, 69 Teil I Titel 8 ALR. machte sein Bauen zu einem rechts- und polizeiwidrigen, da die dem früheren Bauherrn erteilte Erlaubnis durch dessen Wegfall beendet sei. Ja, es könnten sogar bei einer neuen Erlaubniserteilung infolge einer inzwischen eingetretenen Verschärfung des materiellen Baurechts strengere Anforderungen an den noch nicht hergestellten Teil des Baues gestellt werden, so daß das einheitliche Bauvorhaben nach zweierlei Recht zu beurteilen wäre. Dem früheren Bauherrn gewährte Ausnahmebewilligungen (Dispense) von materiellen Vorschriften kämen in Wegfall, und da sie Aussprüche freien Ermessens sind, würden sie vielleicht nicht erneuert. Alle diese Gesichtspunkte lassen eine Beständigkeit der Bauerlaubnis trotz Personenwechsels der Bauherren wünschenswert erscheinen.

III. Aber auch die theoretische Bedeutung der Lösung der Streitfrage im Sinne einer „Dinglichkeit" ist nicht zu unterschätzen. Denn, wie schon eingangs bemerkt, taucht diese Frage außer bei der Bauerlaubnis auch bei einer ganz bestimmten Gruppe von Erlaubniserteilungen auf, und die Lösung in unserem Falle wird auch dort verwendbar sein können. Es sind diejenigen Erlaubniserteilungen, die nur mit Rücksicht auf ein bestimmtes Unternehmen erteilt werden, und bei denen ein Erlaubniseinholungsgebot deswegen besteht, weil nicht etwa von den handelnden Personen, sondern lediglich durch die von ihnen verwandten sachlichen Mittel Gefahren drohen, vor welchen die Polizeibehörde die Allgemeinheit auf dem Wege der Vorsorge (Prävention) schützen will. Es mag in dieser Richtung nur auf die §§ 16 b ff., 25 GewO. hingewiesen werden, sowie auf die Überschrift zu diesen Paragraphen: „Anlagen, die einer besonderen Genehmigung bedürfen" sowie im Gegensatz dazu auf §§ 39 ff. GewO. und deren Überschrift: „Gewerbetreibende, die einer besonderen Genehmigung bedürfen". Durch § 25 Abs. 1 Satz 1 GewO. ist übrigens für die Anlagen der §§ 16 ff. GewO. eine Weiterwirkung und Beständigkeit der Erlaubnis auch für spätere Inhaber der Anlage festgesetzt.

B. Darstellung.

I. Die schärfste Stellungnahme gegen eine Weiterwirkung und Beständigkeit einer erteilten Bauerlaubnis hat Karl Friedrichs[1]) eingenommen, der die Bauerlaubnis nur als eine an einen bestimmten Verfügungsempfänger gerichtete Bescheinigung betrachtet, eine in der Form einer Verfügung ergehende Rechtshandlung, die naturgemäß wie alle Verfügungen nur zwischen dieser einen bestimmten Person und der Baupolizeibehörde Rechtswirkungen erzeugen könne. Den entgegengesetzten einer Weiterwirkung günstigen Standpunkt nimmt Otto Mayer[2]) ein. Nach ihm ist die Bauerlaubnis erteilt der certa persona des Antragstellers, zugleich aber der incerta persona, die an seine Stelle tritt. Der Gesuchsteller erscheine nicht als Träger persönlicher Eigenschaften, sondern lediglich als der Vertreter (polizeilicher) dieses Unternehmens mit der bestimmten Art der Mittel und Vorrichtungen. Jeder andere, der genau wie der Erlaubnisempfänger in dieser Weise gekennzeichnet sei, trete an die Stelle des auf dem Wege des Privatrechts ausscheidenden Erlaubnisempfängers. Die Verwaltungsübung in Preußen[3]) steht meist auf dem Standpunkt Friedrichs, ist also einer Weiterwirkung nicht günstig. Die preußische Verwaltungsübung befindet sich hier im Gegensatz zu der in außerpreußischen Ländern, in denen allerdings vielfach, wie z. B. in Baden[4]), die Frage zugunsten einer Weiterwirkung ausdrücklich durch Gesetz geregelt ist. Dies ist auffällig, da doch die Grundlagen des Verwaltungsrechtes in allen deutschen Ländern die gleichen sein müßten, wie überhaupt auch die Beurteilung der ganzen Frage nur in einem einheitlichen Sinne richtig erscheint.

Ein entscheidendes Wort in diesem Streite ist in Preußen bislang nicht gesprochen, auch nicht vom Gesetzgeber. Es kann aber auch nach preußischem Rechte eine Weiterwirkung und Beständigkeit der Bauerlaubnis angenommen werden, ohne daß etwa zuvor eine Änderung des Baurechts erforderlich wäre.

II. Die Vorfragen der Entscheidung.

a) Der Inhalt der Bauerlaubnis.

Wie schon oben angedeutet, ist das Bauen lediglich mit Rücksicht auf die dabei verwandten sachlichen Mittel aus Gründen der Verhütung künftiger Schädlichkeit (Prävention) unter Erlaubniseinholungsgebot gestellt. Es erstreckt sich die der Erlaubnis vorausgehende Prüfung des Bau-

---

[1]) Karl Friedrichs (Nr. 23 d. Verz.) § 6 Anm. 15 S. 170.
[2]) Otto Mayer (Nr. 62 d. Verz.) § 22 II, 2 S. 257.
[3]) Baltz (Nr. 8 d. Verz.) S. 127.
[4]) Roth (Nr. 72 d. Verz.) § 125 Ziff. 2e S. 268.

vorhabens nur auf die verwandten sachlichen Mittel des Unternehmens, da nur von diesen der Allgemeinheit naturgemäß Nachteile drohen und deshalb diese allein polizeilich wesentlich sein können. Nach der Ansicht des Pr. OVG. und auch einiger Schriftsteller enthält die auf Grund jener polizeilich wesentlicher Momente ergehende Bauerlaubnis lediglich den Ausspruch, daß dem geplanten Bauvorhaben Hindernisse in dem zur Zeit der Entscheidung geltenden öffentlichen Rechte nicht entgegenstehen [5]). Diese „Unbedenklichkeitserklärung", wie dieser Ausspruch künftig kurz genannt werden soll, erklärt aber nur die obengenannten sachlichen Mittel für unbedenklich; denn das öffentliche Recht, welches das Bauvorhaben duldet, beruht auf § 10 II, 17 ALR. Auf Grund dieser Vorschrift sind die örtlichen Bauordnungen in der Form von Polizeiverordnungen ergangen und stellen hierbei Anforderungen fest, die an ein Bauvorhaben zu stellen sind, und die erforderlich sind, um die dem Publiko oder einzelnen von ihnen drohende Gefahren abzuwenden. Diese Anforderungen sind aber, was schon ein Blick in Bauordnungen zeigt, lediglich technischen Inhaltes, wie Brandmauern, Wandstärke, Tragfähigkeit, Bauart von Schornsteinen usw.[6]). Der Person des Bauherrn wird in diesen keine Erwähnung getan. An ihn sind keinerlei Anforderungen gestellt. Es muß der Baupolizeibehörde auch ganz gleichgültig sein, im Gegensatz zu anderen Arten von Erlaubniserteilungen, ob der Antragsteller ein moralisch einwandfreier oder belasteter Mensch ist, ob er sich im Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte befindet oder nicht, und ferner ob er im Besitz der nötigen Geldmittel ist. (Vgl. hierzu § 32 Abs. 2 GewO.; ferner §§ 33, 35 der preuß. Jagdordnung vom 15. 7. 1907 [GS. 207] hinsichtlich der Versagungsgründe für einen beantragten Jagdschein.) Alle diese bei anderen Erlaubniserteilungen bedeutsamen Gesichtspunkte fallen hier weg. Der Bauherr ist nur Subjekt, nie das Objekt der Bauerlaubnis. Wollte aber etwa im Gegensatz hierzu eine Baupolizeiverordnung auch an die Person des Bauherrn und seiner Nachfolger irgendwelche Anforderungen stellen, so wäre sie insoweit nichtig; denn eine derartige Bestimmung würde in dem § 10 II, 17 ALR. keine Stütze finden können. Die Baupolizeibehörde muß daher, wenn alle materiellen Bauvorschriften erfüllt sind, einem noch so mittellosen, unzuverlässigen vorbestraften Subjekt die erbetene Bauerlaubnis erteilen, der übelbeleumdetste Antragsteller hat auf deren Erteilung einen subjektiv-öffentlichen Anspruch.

Bisher ist nur eine Seite der Bauerlaubnis genannt worden, „die Unbedenklichkeitserklärung". Enthielte die Bauerlaubnis lediglich diese negative Erklärung und nichts mehr, so wäre dem Standpunkt Friedrichs [7]) allerdings zuzustimmen; dann wäre die Bauerlaubnis nichts weiter als

---

[5]) Hatschek (Nr. 31 d. Verz.) S. 244.
[6]) Baltz (Nr. 8 d. Verz.) S. 79.
[7]) K. Friedrichs (Nr. 23 d. Verz.) (s. Anm. 1 oben).

eine schriftliche „Vorstellungsmitteilung“ [8]), eine Bescheinigung über objektives Recht. Diese Rechtsbelehrung hätte aber nur das Wesen einer öffentlichrechtlichen Rechtshandlung [8]), an die sich ohne weiteres das von dem bisherigen Polizeiverbote freie Bauen als Rechtswirkung kraft Gesetzes knüpfe.

Solche mitteilende Rechtshandlung könnte allerdings naturgemäß nur deren Empfänger, aber nicht einem Rechtsnachfolger gelten. Wenn man sich aber einmal auf den Standpunkt Friedrichs stellt, so müßte folgerichtig ebenfalls die Versagung der Bauerlaubnis, nämlich der Ausspruch, daß dem geplanten Bauvorhaben Hindernisse im öffentlichen Rechte entgegenstünden (Bedenklichkeitserklärung), eine Rechtshandlung sein. Dies hätte aber zur Folge, daß die Bedenklichkeitserklärung unanfechtbar wäre; denn nach dem § 127 LVG. findet nur gegen polizeiliche Verfügungen Beschwerde bezw. Klage statt. Unter Verfügungen im Sinne des § 127 LVG. sind aber nur die Rechtsgeschäfte [9]) (Willenserklärungen) der Verwaltung und nicht deren Rechtshandlungen zu verstehen. Dies ergibt sich schon aus dem § 133 LVG. Nach dieser Vorschrift soll ausdrücklich die Androhung eines Zwangsmittels (Rechtshandlung) wie eine Verfügung anfechtbar sein. Hier ist vom Gesetzgeber ausdrücklich ausnahmsweise [10]) die Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung erlaubt; andernfalls wäre die Androhung unanfechtbar. Wollte man mit Friedrichs die Erteilung wie die Versagung der Bauerlaubnis als Rechtshandlungen auffassen und daneben für eine Anfechtbarkeit eintreten, so müßte es eine besondere Bestimmung geben, welche die Anfechtbarkeit ausdrücklich zuließe. Daß aber die Versagung einer Bauerlaubnis eine mit den Rechtsmitteln des § 127 LVG. anfechtbare Verfügung, und daß sie im Falle einer Rechtsverletzung eine der gerichtlichen Aufhebung unterliegende ist, wird von niemand bestritten, wie allein ein Hinweis auf die Rechtsprechung des preußischen OVG. zeigt. Friedrichs selber hat diese Folgerung auch gar nicht gezogen.

Noch andere Gesichtspunkte sprechen gegen die Annahme einer Rechtshandlung. So vor allem die Übung der Baupolizeibehörden, die Bauerlaubnis unter Bedingungen zu erteilen. Eine Rechtshandlung unter Bedingungen zu erteilen, ist aber logisch wie rechtlich unmöglich [11]); denn Rechtshandlungen sind keine Mittel [12]) zur Erzeugung von Rechtsverhältnissen und Rechtswirkungen, wie es allein die Rechtsgeschäfte sind. Die

---

[8]) Kormann (Nr. 52 d. Verz.) § 17 I, 1 S. 125.
[9]) Kormann (Nr. 52 d. Verz.) § 17 I, 3 S. 127 u. 128.
[10]) Wie Anm. 8.
[11]) Kormann (Nr. 52 d. Verz.) § 3 S. 24. Dabei ist unter Bedingung aber nur die echte Bedingung zu verstehen; denn Auflagen können auch den Rechtshandlungen hinzugefügt werden. Vgl. Kormann (Nr. 52 d. Verz.) § 18 II, § 19 II S. 149/50.
[12]) Manigk (Nr. 62 d. Verz.) S. 184.

Wirkungen einer Rechtshandlung treten ein, nicht weil es von den Organen der Verwaltung gewollt ist, sondern weil es das Gesetz will. Ein ursächlicher Zusammenhang zwischen Rechtshandlung und deren Rechtserfolg besteht hinsichtlich der handelnden Staatsorgane somit nicht. Was aber von vornherein einer Willensbeeinflussung und Beherrschung entzogen ist, kann nicht durch Hinzufügung von Bedingungen dieser doch untertan gemacht werden. Es ist ein Verdienst Rudorffs[13]), bei der Darstellung der Bauerlaubnis diesen Gesichtspunkt überzeugend verwandt zu haben. Es ist ihm zuzustimmen, daß er eine Feststellung unter Bedingungen als widersinnig bezeichnet. Eine Feststellung unter Bedingungen sagt nämlich, daß an sich Hindernisse vorhanden sind, und stellt doch deren Nichtvorhandensein fest, widerspricht sich also selbst. Die Bezeichnung der Bauerlaubnis als einer Rechtshandlung ist demgemäß abzulehnen. Sie ist vielmehr ein Rechtsgeschäft der Verwaltung, die neben dem bisher behandelten negativen Teile, der Unbedenklichkeitserklärung, auch einen positiven, den Ausspruch eines „Dürfens" enthält. Die Bezeichnung dieser Verfügung als eine Erlaubnis bestätigt dies ja ohne weiteres. Wenn auch von den meisten Schriftstellern[14]) die Bauerlaubnis ausdrücklich als eine Erlaubnis angesprochen wird, so hat das preuß. OVG. dies nicht unzweideutig genug getan. Nach ihm erschöpft sich die Bauerlaubnis in der oben behandelten Unbedenklichkeitserklärung. Auf Grund dieses unseres Erachtens unzutreffenden Standpunktes konnte das preuß. OVG. folgerichtig allerdings nicht zu der Annahme der Weiterwirkung der Bauerlaubnis bei einem Personenwechsel gelangen. Denn die Unbedenklichkeitserklärung (Rechtshandlung) kann folgerichtig als reine Erklärung nur für den Erklärungsempfänger Bedeutung haben. Das preuß. OVG. hat aber seine Auffassung von der Bauerlaubnis nicht lückenlos durchgeführt, wie folgender Fall zeigt. Nach den meisten in Preußen geltenden Ortsrechten bedarf es für Reichs-, Staats- und Kommunalbauten keiner formellen Bauerlaubnis, sondern nur einer „Erklärung"[15]) darüber, ob und was etwa in baupolizeilicher Hinsicht gegen das fiskalische Bauvorhaben zu erinnern sei. Durch § 6 des Kommunalabgabengesetzes ist nun den örtlichen Baupolizeibehörden die Berechtigung gegeben, für die Genehmigung von Bauten Gebühren zu erheben. In der Baupolizeigebührenordnung einer Stadt C. war bestimmt, daß bei Reichs- usw. Bauten für jene Erklärung nur die Hälfte der für eine förmliche Bauerlaubnis festgesetzten Gebühr zu entrichten sei. Für jene Erklärung, daß gegen ein fiskalisches Bauvorhaben in baupolizeilicher Hinsicht nichts zu erinnern sei, mit anderen Worten, daß ihm Hindernisse des öffentlichen Baurechts nicht entgegenstünden, war von der Baupolizeibehörde jener Gebührenordnung gemäß die Hälfte der sonst zu erhebenden

[13]) Rudorff (Nr. 73 d. Verz.) S. 10/11.
[14]) Hatschek (Nr. 31 d. Verz.) § 32 I, 2, § 22.
[15]) Pr. OVG. Bd. 58 S. 149; vgl. Gebührenordnung für Barmen vom 1. 7. 1910: „1. Für die Genehmigung von Neubauten werden folgende Gebühren

Gebühr verlangt worden. Das OVG. sprach Freistellung [16]) von der Gebühr aus, weil jene Erklärung keine baupolizeiliche Genehmigung sei [16]); dies ist um so erstaunlicher, als jene Erklärung inhaltlich doch nichts weiter ist als die Unbedenklichkeitserklärung, die nach ihm doch den Inhalt einer Bauerlaubnis ausmachen soll. Es sind aber beide Staatsakte, die Bauerlaubnis und die „Erklärung" bei fiskalischen Bauten, scharf zu scheiden [17]). Das OVG. hat in der soeben genannten Entscheidung diese Scheidung auch vollzogen unter offenbar unbewußter Preisgabe seiner früheren von uns bekämpften Darstellung der Bauerlaubnis als einer bloßen Rechtshandlung. Das OVG. führt aus, und diesen Ausführungen kann vorbehaltlos zugestimmt werden, daß die Bauerlaubnis außer einer negativen Seite (Unbedenklichkeitserklärung) auch eine positive Seite habe: „den Ausspruch eines Dürfens". Damit hat das OVG. seinen früheren [18]) Standpunkt, wie er auch vom Reichsgericht [19]) übernommen war, aufgegeben. Man kann den schon genannten Gründen aber auch noch einen weiteren zur Seite stellen. Es war soeben die Erklärung über fiskalische Bauvorhaben als Rechtshandlung dargestellt. Den gleichen Inhalt hat aber auch ein von einem Baulustigen herbeigeführter unverbindlicher „Vorentscheid" [20]) darüber, ob ein künftiges Bauvorhaben Aussicht auf Genehmigung habe, die jetzt noch gar nicht eingeholt werden soll. Auch hier wird die Baupolizeibehörde aussprechen können, daß dem zur Begutachtung vorgelegten Bauvorhaben Hindernisse im geltenden öffentlichen Rechte nicht entgegenstehen; also derselbe Erklärungsinhalt, den nach dem OVG. die Bauerlaubnis selber haben soll, und doch ist noch niemand auf den Gedanken gekommen, daß ein solcher Vorentscheid eine Bauerlaubnis wäre. Er ist ebenfalls eine Rechtshandlung, wie sie oben gekennzeichnet ist, und kein Rechtsgeschäft der Verwaltung, wie es nur die Bauerlaubnis darstellt.

Mit der Darstellung der Bauerlaubnis als einer wahren Erlaubnis ist zugleich der Standpunkt der von Rehm [21]) und Georg Meyer [22])

---

erhoben. 2. Soweit es bei Neubau für Rechnung des Reiches oder Staates keiner förmlichen Bauerlaubnis, sondern nur der Erklärung der baupol. Beh. über etwaige Einwendungen . . . bedarf, werden Gebühren nur zur Hälfte berechnet."

[16]) Pr. OVG. Bd. 58 S. 150 Mitte.

[17]) Pr. OVG. in Baupol. Mitt. Bd. 8, 1911 (Nr. 14 d. Verz.) S. (74 r.), 157, 158 r. „. . . Die hier (sc. BaupolGebO. Nr. 2 fiskal. Bauten) geforderte Erklärung der Baupolizeibehörde deckt sich nicht mit der baupolizeilichen Genehmigung.

[18]) Pr. OVG. Bd. 5 S. 379 Mitte, Bd. 13 S. 394 oben, Bd. 20 S. 397 Mitte.

[19]) RGZ. Bd. 30 S. 249 oben, Bd. 34 S. 243 unten, 244 oben, Bd. 46 S. 283 Mitte.

[20]) Rudorff (Nr. 73 d. Verz.) Bd. 2, 1924, S. 20. Anderer Ansicht jedoch Pr. OVG. in Baupol. Mitt. (Nr. 14 des Verz.) Bd. 2, 1905, S. 74 § 2 Art. 6 der Lindener Bauordnung vom 26. Oktober 1906, bespr. von Stübben in Baupol. Mitt. Bd. 3, 1906 (Nr. 14 d. Verz.) „. . . Vor Einreichung eines förmlichen Baugesuches ist es dem Baulustigen unbenommen, einzelne Fragen der Baupolizeibehörde zur Entscheidung vorzulegen. . ."

[21]) Rehm (Nr. 70 d. Verz.) S. 31; Ackermann (Nr. 1 d. Verz.) S. 201.

[22]) Georg Meyer (Nr. 65 d. Verz.) S. 201; Ackermann (Nr. 1 d. Verz.).

vertretenen subjektivrechtlichen Theorie abgelehnt. Nach dieser soll die Bauerlaubnis dem Gesuchsteller eine öffentlichrechtliche Befugnis zum Bauen erst verschaffen, ihm also ein neues, bisher noch nicht vorhandenes Recht zum Bauen verleihen[23]).

Demgegenüber wird hier im Anschluß an Hatschek und Otto Mayer der Standpunkt der sogenannten objektiven Theorie vertreten[24]).

Nach der objektiven Theorie ist die Bauerlaubnis eine Polizeierlaubnis und keine Verleihung. Eine Verleihung erweitert den Kreis der rechtlichen Stellung eines Subjektes, indem es ihm etwas verleiht, was es vordem noch nicht hatte, und was andere nicht haben: „ein Können“[25]). Ein besonderes Können zum Bauen wird dem Gesuchsteller und Erlaubnisempfänger aber nicht verliehen, denn ein Können mußte er vordem schon besitzen, sei es als Eigentümer, als Erbbauberechtigter, als Mieter, Pächter oder sonstiger Besitzer auf Grund eines besonderen Vertrages mit dem dinglich Berechtigten. Der Gesuchsteller muß allerdings sein Können erforderlichenfalls, um seine natürliche Handlungsweise darzutun, nachweisen, ehe die Behörde seine tatsächlich freie Handlung auch zu einer rechtlich freien macht[26]).

Von vornherein ist aber für alle im Besitz dieses Könnens befindliche Personen das Bauen ohne vorgängige Erlaubnis aus den schon oben genannten Gründen verboten und unter Strafe gestellt. Jedoch sind die Baupolizeiverordnungen Verbotsgesetze mit Erlaubniseinholungs- und Ge-

---

[23]) Für diese subjektivrechtliche Theorie muß sich allerdings eine unmittelbare Rechtsnachfolge in das nach ihrer Ansicht durch die Bauerlaubnis als eine Verleihung gewährte Recht ergeben. „Die Bauerlaubnis ist ein Erkenntnisverfahren über einen schon bestehenden Rechtszustand, der nicht neues Recht schaffen soll.“ So Ottmar Bühler (Nr. 19 d. Verz.) S. 345 und Anm. 120.

[24]) Die von Schanz für sich beanspruchte sogen. Ausübungstheorie ist vereinzelt geblieben; sie kommt letzten Endes zum Ergebnis der hier vertretenen objektiven Theorie. Schanz (Nr. 79 d. Verz.) S. 24/25.

[25]) Es sei hier auf die Verleihung der Rechtsfähigkeit an Vereine gemäß § 22 BGB., die Volljährigkeitserklärung, Verleihung von Wassernutzrechten und die Verleihung der Fähigkeit zum Richteramte hingewiesen. Hierher gehört auch die Konzessionierung von öffentlichen Anstalten, wenn von diesen gesetzlich die Privatpersonen schlechthin ausgeschlossen sind, aber der Staat einem Privaten durch Staatsakt den Betrieb gestattet, ihm also ein Stück der öffentlichen Verwaltung überträgt. Vgl. dazu Paul Schön (Nr. 81 d. Verz.) § 27 V S. 283/84, s. d. Eisenbahnkonzession; Kormann (Nr. 52 d. Verz.) S. 83; derselbe (Nr. 54 d. Verz.) S. 913; Sächs. OVG. im Jahrbuch (Nr. 39 d. Verz.) Bd. 5, 1904, S. 153: „. . . Die polizeiliche Erlaubnis zum Bauen ist zwar nicht Verleihung eines besonderen Rechtes, sondern nur der Ausspruch der Behörde, daß die Ausführung des vom Antragsteller geplanten Baues polizeilich unbedenklich erscheint. Immerhin wird hierdurch die bis dahin nur tatsächlich bestehende zu einer rechtlich anerkannten Möglichkeit des Bauens . . .“

[26]) Dieser Nachweis ist in manchen Baupolizeiverordnungen allgemein vorgeschrieben (Katasterauszug, Grundbuchauszug). Dieser Nachweis dient aber nur zur Prüfung der Sachbefugnis (Aktivlegitimation) des Gesuchstellers; vgl. auch Hatschek (Nr. 31 d. Verz.) § 22 I, 2 S. 244.

währungsvorbehalten[27]). Auf Grund dieser Vorbehalte[28]) gestattet sodann die Bauerlaubnis, daß der im Besitz des nötigen Könnens befindliche Staatsbürger die in dem Können enthaltenen tatsächlichen Handlungen auch rechtlich vornehmen darf. Mit anderen Worten macht eine Polizeierlaubnis, hier die Bauerlaubnis, tatsächlich freie Handlung (Können) auch zu rechtlich freien Handlungen (Dürfen). Daß der Eigentümer, beziehungsweise derjenige, welcher den Genuß der Eigentumssache hat und das Eigentum gewissermaßen für den Eigentümer ausübt (Besitzer, Mieter usw.), an sich die soeben genannte tatsächliche Handlungsfreiheit besitzt, ergibt sich ohne weiteres aus § 903 BGB.: „Der Eigentümer einer Sache kann ... mit ihr nach Belieben verfahren ...", also sie auch bebauen, dies jedoch nur soweit nicht das Gesetz „... usw. entgegenstehen" (vgl. auch Art. 153 Abs. 1 Satz 2 ReichsVerf.: „... seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen"!). Gesetzliche Schranken stehen aber der Befugnis des Eigentümers, nach Belieben mit der Sache zu verfahren, entgegen, und zwar in bezug auf unser Gebiet in den auf § 10 II, 17 ALR. und § 5 PolG. von 1850 gestützten örtlichen Baupolizeiverordnungen. Diese landesrechtlichen (vgl. Art. 2 u. 3 EG. z. BGB.) Beschränkungen gehören gemäß Art. 111 EG. z. BGB. übrigens, da sie im öffentlichen Interesse das Eigentum in Ansehung tatsächlicher Verfügungen (Staudinger Bd. 6, 1914, EG. Art. III Anm. 2 u. 3 S. 347/48) beschränken, zu den ausdrücklich durch diesen Vorbehalt zugelassenen. Dies trifft hinsichtlich der formellen wie auch der materiellen Beschränkungen der aus dem Eigentum entspringenden Baufreiheit vermöge der örtlichen Baupolizeiverordnungen zu.

Diese formellen und materiellen Beschränkungen der tatsächlichen Eigentumsausübung fallen jedoch in dem Augenblicke fort, in dem die Baupolizeibehörde das bisherige verbietende „objektive Recht" zugunsten einer bestimmten Person ändert, indem sie auf Grund der in den Baupolizeiverordnungen enthaltenen Gewährungsvorbehalte, sei es die formelle Beschränkung (durch eine Bauerlaubnis) oder eine materielle Beschränkung (durch eine Ausnahmebewilligung = Dispens), für den Einzelfall beseitigt. Ist dies geschehen, dann hat das Eigentum, das an sich unbeschränkteste Herrschaftsrecht, wieder seinen früheren ursprünglichen Inhalt für den betreffenden Eigentümer erhalten vermöge der sogenannten „Elastizität des Eigentumes". Nach dem Wegfall der Beschränkung dehnt sich sein Inhalt von selbst auf den ursprünglichen Zustand wieder aus. Ist die verbotene Ausübung des „Könnens" (hier Bebauens) durch Aufhebung der Schranken des objektiven Rechts zu einer rechtlich freien geworden, so ergänzt dies Können ein Dürfen. Können und Dürfen sind also sich notwendig entsprechende Stücke eines einheitlichen rechtlich geordneten Lebensverhältnisses. Das Können ist stets Voraussetzung

---

[27]) Toma (Nr. 87 d. Verz.) S. 327, 341; Ackermann (Nr. 1 d. Verz.) S. 48.

[28]) vgl. hierzu unten S. 52 Anm. 195. Hier bezieht sich der Vorbehalt auf das formelle Recht, beim Dispens auf das materielle Recht.

für das gewährte Dürfen. Wer also ohne jegliche Beziehung zu einem Grundstück steht, hat aber in bezug auf ein Bauvorhaben keine natürliche Handlungsfreiheit[29]). Sein etwaiges Baugesuch muß deshalb ohne Sachentscheid der Ablehnung verfallen. Denn die Polizei hat nicht die Aufgabe, die Bauprojekte eines Theoretikers und Luftschlösser eines Phantasten einer Prüfung zu unterziehen. Der Unbedenklichkeitserklärung tritt also rechtsschöpferisch zur Seite der Ausspruch des Dürfens[30]).

B. II. a) 1.

Dieser Ausspruch des Dürfens hat nach zwei Richtungen hin Bedeutung. Das Dürfen wied nämlich nicht allein ausgesprochen für die Tätigkeit der Ausübung des Könnens, das Bauen, sondern auch für dessen Ergebnis. Bauendürfen und Stehendürfen sind die beiden Seiten des Dürfens. Es ist das Verdienst Rudorffs[31]), diesen weiteren Inhalt der Bauerlaubnis herausgefunden und im Schrifttum vertreten zu haben. Daß die Bauerlaubnis die Erlaubnis zur Bautätigkeit enthält, ist so selbstverständlich, daß eine besondere Begründung sich erübrigt.

B. II. a) 2.

Ihre Ausdehnung auch auf den Zustand des späteren Stehens des Gebäudes bedarf aber einer besonderen Begründung; denn letzteres wird hauptsächlich dem Rechtsnachfolger zugute kommen[32]). Rudorff[32]) beweist dies zutreffend an Hand zweier Spielarten der Bauerlaubnis: der vorläufigen und nachträglichen[33]). Die von Scholz[34]) gegen diese Be-

---

[29]) Ackermann (Nr. 1 d. Verz.) S. 59/60 und Anm. 7.

[30]) Durch eine bloße Feststellung kann aber ein Verbot für den Einzelfall nicht aufgehoben und das objektive Recht nicht geändert werden, sondern es bedarf dazu eines positiven Ausspruchs: den Ausspruch des soeben genannten Dürfens. Pr.OVG. in Baupol. Mitt. (Nr. 14 d. Verz.) Bd. 8, 1911, S. 158r.: „Diese allg. Begriffsbestimmung (Unbedenklichkeitserklärung) hebt die negative Seite der Baugenehmigung hervor. Positiv liegt in der Bauerlaubnis ... ein Mehreres ..."

[31]) Rudorff (Nr. 73 d. Verz.) S. 13.

[32]) [33]) Dagegen Walter Jellinek (Nr. 44 d. Verz.) § 14 II, 1 S. 269; s. auch Pr.OVG. Bd. 48 S. 360 ff. „Wozu denn auch?"

[34]) Scholz (Nr. 82 d. Verz.) Bd. 24, 1916, S. 200—208; der hier, insbes. S. 200/01 etwa ausführt: Ausgangspunkt könne streng methodisch die nachträgliche und vorläufige Bauerlaubnis nicht sein; ein Rückschluß von diesem auf den Charakter der Bauerlaubnis sei logisch wahrscheinlich, jedenfalls methodisch nicht falsch. Aber: da Erlaubnis (bei Verbotsgesetzen mit Erlaubnisvorbehalten) sich nach dem Vorbehalt bestimmt, so richtet sich Vorbehalt nach dem Verbote. Das Verbot bezieht sich jedoch nur auf das Bauen (Tätigkeit); infolgedessen bezieht sich die Erlaubnis nur auf dieses, nicht auf das Stehendürfen. Dagegen: Zeitlich geht dem Stehen eines Hauses dessen Erbauung voraus, weshalb es genügt, nur die letztere zu verbieten für den Fall, daß überhaupt das Vorhandensein eines Gebäudes verboten sein soll. Das Verbot der Herstellung einer Sache verbietet

weisführung Rudorffs vorgebrachten Gründe vermögen aber den Ausführungen des letzteren keinen Abbruch zu tun. Nach Rudorffs sind die vorläufige und nachträgliche Bauerlaubnis an der endgültigen und regelmäßigen Bauerlaubnis gemessen unvollständig; erstere enthält nur die Erlaubnis für die Bautätigkeit, letztere nur die Erlaubnis für das Stehendürfen des Bauergebnisses[35]). Das preuß. OVG.[36]) hat sich im Jahre 1896 anläßlich der Frage, ob Ausnahmebewilligungen von Bestimmungen einer Bauordnung nur für erst projektierte oder auch für bereits angefangene oder vollendete Bauten noch nachträglich erteilt werden dürfen, Anlaß genommen, sich auch über eine nachträgliche Bauerlaubnis zu äußern, und hat diese auch ausdrücklich anerkannt. Es drückt dies etwa in folgenden Worten aus:

> „Die Unbedenklichkeitserklärung ist wie für einen erst beabsichtigten, so auch für einen in der Ausführung befindlichen und schon vollendeten Bau möglich. Will man gleichwohl die Erteilung des Konsenses auf nur projektierte, noch nicht ausgeführte Bauten beschränken, so knüpft man an die Versagung des Konsenses rechtliche Folgen, die das materielle Baurecht nicht vorsieht."

Wenn auch die Polizeibehörde ein ohne vorgängige Erlaubnis errichtetes Bauwerk, wenn es sonst den materiellen Bauvorschriften (Wandstärke usw.) entspricht, nicht entfernen lassen kann, so ist es doch für den Eigentümer und auch einen Rechtsnachfolger empfehlenswert, eine nachträgliche Bauerlaubnis zu erwirken. Denn der Zustand einer Duldung kann dem auch immer noch antragsberechtigten Hauseigentümer keine Sicherheit gewähren. Was heute polizeimäßig ist, kann morgen auf Grund einer neuen schärfere Anforderungen stellenden Bauordnung polizeiwidrig werden.

---

logischerweise praktisch dessen Vorhandensein nach der Vollendung. Die Vorschriften des ALR. sowie des StrGB. kann man aus vorstehendem Grunde nicht für Scholz heranziehen. So Rudorff. Vgl. hierzu O. Mayer (Nr. 63) Bd. 1 § 22 S. 252 Anm. 4: Herstellungsverbote, keine Zustandsverbote! Vgl. hierzu ferner: Rudorff und unserem Standpunkte zustimmend: Sächs. OVG. in Baupol. Mitt. (Nr. 14 d. Verz.) Bd. 3, 1906, S. 30; Jahrb. (Nr. 39 d. Verz.) Bd. 5 S. 152: „. . . Gleichwohl ist hierdurch die bisher nur tatsächlich bestehende zu einer rechtlich anerkannten und geschützten Möglichkeit des Bauens geworden." „. . . Der gleiche Rechtsschutz aber muß auch für das vollendete Bauwerk in seiner von der Baupolizeibehörde genehmigten Gestaltung anerkannt werden. Jede auf nachträgliche Änderung dieser Gestaltung gerichtete Forderung enthält somit einen Eingriff in den Rechtskreis des davon Betroffenen. Die Zulässigkeit eines derartigen Eingriffs wird daher in Regel davon abhängig sein, daß in den Verhältnissen, unter denen die Genehmigung erteilt ist, Veränderungen eingetreten sind, die damals unvoraussehbar, jetzt als eine Gefahr für das öffentliche Wohl erscheinen." Vgl. hierzu Pr.OVG. im PrVerwBl. Bd. 26 S. 60.

[35]) vgl. hierzu § 30 Abs. 2 des Allg. Baugesetz f. d. Kgr. Sachsen, Rumpelt Nr. 74 d. Verz.) S. 117.

[36]) Pr.OVG. Bd. 29 S. 354, insbesondere S. 367.

Jetzt kann die Polizeibehörde den Zustand der Duldung durch eine Verfügung auf Grund einer neuen Bauordnung beenden. Demgegenüber haben bereits genehmigte Bauten — sei es ursprüglich oder nachträglich genehmigte — den Schutz der sogenannten „formellen Legalität". Die formelle Legalität[37]) verhindert, daß ein genehmigter Bau noch einmal auf Grund veränderter Anschauung (Ermessensänderung oder Gesetzgebung) zu einem polizeiwidrigen werde und daß neue baurechtliche Bestimmungen auf bereits bestehende oder wenigstens begonnene Bauten zur Anwendung kommen[38]). Die Beendigung dieses Zustandes der Duldung durch einen Antrag auf Genehmigung liegt also sehr im Interesse der Eigentümer, da die Polizeibehörde bei dem Zustande der bloßen Duldung ihrem freien Ermessen Spielraum lassen kann, der ihr im Falle der nachträglichen Genehmigung genommen wäre. Auf Antrag muß dann die Genehmigung immer noch erteilt werden[39]); sie ruft die Wirkungen der formellen Legalität hervor.

Die nachträgliche, nach Fertigstellung des Bauwerkes ausgesprochene Bauerlaubnis zeigt also, daß auch der Zustand des „Stehendürfens" genehmigt werden kann und von der ursprünglichen Bauerlaubnis mit genehmigt wird.

Während also die nachträgliche Bauerlaubnis den Zustand des fertigen Baues genehmigt und mit dem Schutze der formellen Legalität versieht, erlaubt die vorläufige Bauerlaubnis nur die Bautätigkeit als solche[40]) zwecks Herstellung eines Baues, dessen Polizeimäßigkeit im Zustande der Fertigkeit noch zweifelhaft ist. Die vorläufige Bauerlaubnis kann dann rechtswirksam erteilt werden, wenn objektiv die Unbedenklichkeitserklärung nicht abgegeben, also die Erteilung einer endgültigen Bauerlaubnis nicht erzwungen werden kann. Dies kann der Fall sein bei Anwendung neuer Baumethoden oder neuen Baumaterials, deren Polizeimäßigkeit jetzt noch fraglich ist und sich erst nach Abschluß der Bautätigkeit herausstellen kann. Kann nach Beendigung der Bautätigkeit die Genehmigung für den Zustand des Stehens aus polizeilichen Gründen nicht aufrecht erhalten werden, so

---

[37]) Pr.OVG. in Baupol. Mitt. (Nr. 14 d. Verz.) Bd. 6, 1909, S. 35, E. 219, 1906, VIII: „. . . Da neue baurechtliche Bestimmungen der Regel nach keine Anwendung auf ordnungsmäßig ausgeführte Bauten finden, so konnte das Räumungs- und Benutzungsverbot nicht auf die neue Bauordnung gestützt werden." Anwendbar aber § 10 II, 17 ALR.

[38]) vgl. hierzu § 173 des Allg. Baugesetz f. d. Kgr. Sachsen vom 1. 7. 1900: „Für bereits bestehende bauliche Anlagen und Einrichtungen treten die in dem neuen Gesetze bestimmten Anforderungen erst dann in Wirksamkeit, wenn und soweit an den Baulichkeiten Veränderungen oder umfassendere Herstellungen vorgenommen oder notwendig werden." Siehe Rumpelt (Nr. 74 d. Verz.) S. 302; s. auch Rudorff (Nr. 73 d. Verz.) S. 17; Scholz (Nr. 82 d. Verz.) Bd. 23, 1915, S. 221; Pr.OVG. Bd. 24 S. 362. Vgl. ferner Baupol. Mitt. (Nr. 14 d. Verz.) Bd. 9, 1919, S. 123 „. . . veränderte Gesetzgebung bei illegalen Bauten".

[39]) Rudorff (Nr. 73 d. Verz.) S. 19 und Anm. 3 und 4.

[40]) Derselbe ebendort S. 20.

kann Abänderung[41]) bezw. gänzliche Beseitigung verlangt werden, ja es kann eine neue auf Grund der jetzt erst gemachten Erfahrungen ergehende Bauordnung in Anwendung kommen[42]). Ist bei der vorläufigen Bauordnung nur die Tätigkeit des Bauens, bei der nachträglichen Bauerlaubnis der Zustand des Stehendürfens genehmigt, so enthält die ursprüngliche Bauerlaubnis beide Teile: Bauendürfen und Stehendürfen. Somit ist der Umfang jenes positiven Erklärungsinhalts der Bauerlaubnis fest umschrieben als der Ausspruch eines Dürfens[43]) in zwiefacher Richtung[44]): einmal in bezug auf die Bautätigkeit, das andere Mal auf den Zustand des Stehendürfens des Bauwerkes. Dieser doppelte Erklärungsinhalt des Dürfens soll aber auch jedem Rechtsnachfolger zugute kommen. In den meisten Fällen wird es gerade das Stehendürfen sein, was ihm zugute kommt und ihn vor neuen Anforderungen schützt.

II. b) Wesen der Bauerlaubnis als Staatsakt.

Nach dem Inhalt muß noch das Wesen der Bauerlaubnis erörtert werden. Denn aus ihrem Wesen als Staatsakt kann eine Weiterwirkung für den Rechtsnachfolger erst abgeleitet werden. Es war in vorstehendem schon wiederholt darauf hingewiesen, daß durch diese Verbotsgesetze mit Erlaubniseinholungs- und Gewährungsvorbehalten für den Bauluſtigen einerseits die Pflicht besteht, vor dem Baubeginn und der Mitteilung des Bauvorhabens in seinen Einzelheiten an die Baupolizeibehörde eine Bauerlaubnis einzuholen.

II. b) 1. Rechtskraftwirkung dieses Staatsaktes.

Anderseits besteht jedoch für die Baupolizeibehörde die Pflicht, das Baugesuch eines genügend sachbefugten Bauluſtigen[44]) zunächst sachlich zu prüfen und ihn zu bescheiden, sei es durch Gewährung oder Versagung der Bauerlaubnis. Dieser Pflicht (Prüfungspflicht) entspricht auf seiten des Gesuchstellers ein subjektivöffentlicher Anspruch (Prüfungsanspruch). Auf seiten des Bauluſtigen besteht also das Recht auf Berücksichtigung

---

[41]) Desgl. S. 21; vgl. ferner Pr.OVG. in Baupol. Mitt. (Nr. 14 d. Verz.) Bd. 8, 1 G II S. 71 r. (Bauerlaubnis unter Vorbehalt des Widerrufs).

[42]) „Die Einrichtung einstweiliger Bauten ist zwar zulässig; der Eigentümer ist aber verpflichtet, diese ebenso wie die nach der Planfeststellung angebrachte Einfriedigung dann, wenn die Fläche zur Straße gezogen wird, ohne Anspruch auf Entschädigung zu entfernen oder ihre Entfernung zu dulden." § 30 Abs. 2 Allg. Baugef. verb. mit § 34 a b AusfVO. Rumpelt (Nr. 74 d. Verz.) S. 332.

[43]) Grenze des Ausspruchs des Dürfens sind die materiellen Vorschriften der Baupolizeiverordnung. Darüber hinaus kann das Dürfen durch Ausnahmebewilligungen (Dispense) erweitert werden. Durch eine Ausnahmebewilligung wird indes kein neues Recht verliehen — and. A. Ackermann a. a. O. S. 149 —, sondern lediglich das Dürfen erweitert.

[44]) Hatschek (Nr. 31 d. Verz.) § 32 I, 2 S. 244.

seines Gesuches. Er ist vergleichbar mit dem Rechtsschutzanspruche des Klägers im bürgerlichen Rechtsstreite. Dieser gegen den Staat als Hoheitsperson gerichtete Anspruch geht ebenfalls auf Prüfung des sachlich vorgebrachten, des materiellen Rechts. Auf dem Gebiete des Rechtsstreites entspringt jener Rechtsschutzanspruch aus der Tatsache des sogenannten Prozeßzwanges, d. h. die Parteien dürfen zur Durchsetzung ihrer Rechte keine Selbsthilfe üben, sondern müssen sich der Gerichte als „Rechtsschutzanstalten" bedienen.

Auf unserem Gebiete der Polizeierlaubnis entspringt jener Anspruch aus dem gesetzlich festgelegten Genehmigungszwange[45]). Damit der baulustige Gesuchsteller aber auch zur rechtlichen Handlungsfreiheit in dem eben entwickelten Sinne gelange, ist auch weiter noch erforderlich, daß er außer einer Prüfung noch den Anspruch des Dürfens selbst erzwingen kann, wenn diesem keine Hindernisse im öffentlichen Rechte entgegenstehen. Auch hierauf hat er einen öffentlichrechtlichen Anspruch[45]). Es ist allgemein anerkannt, daß die Erteilung der Bauerlaubnis kein Gnadenakt, nicht Ausübung freien Ermessens, sondern Pflicht ist. Dieser Anspruch auf Erteilung der Bauerlaubnis ist gegeben, wenn der Baulustige sein „Können" in einer Weise auszuüben verspricht, wie es die Bauordnung gestattet. Hieraus folgt, daß die Erteilung der Bauerlaubnis für den Staat Zwang ist[46]). Diese Zwangslage des Staates gegenüber seinem an sich gewaltunterworfenen Staatsbürger kommt auch noch in anderen bekannten Fällen zum Ausdruck. So heißt es im § 22 Allg. Berggef. für die Preuß. Staaten vom 24. 6. 1865 und 54. 6. 1992:

> „Die den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Mutung (gemäß § 12 des Ges. das Gesuch um Verleihung des Bergeigentums) begründet einen Anspruch auf Verleihung des Bergeigentums in dem in § 27 des Ges. bestimmten Felde"!

Ferner im § 3 Abs. 1 Satz 1 des Patentgesetzes vom 7. 4. 1891:

> „Auf die Erteilung des Patentes hat derjenige Anspruch, welcher die Erfindung nach Maßgabe dieses Gesetzes angemeldet hat[47])."

Der Staat entscheidet[48]) über diesen die Erlaubnis begehrenden Anspruch durch die Gewährung dieser Erlaubnis. Diese Gewährung enthält

---

[45]) O. Bühler (Nr. 19 d. Verz.) I. Teil IV. Abschn. S. 235; vgl. Hatschek (Nr. 31 d. Verz.) § 22 I, 2 S. 135.

[46]) J. Hatschek (Nr. 31 d. Verz.) § 22 I, 2 S. 135; O. Mayer (Nr. 63 d. Verz.) § 22 I, S. 250/253.

[47]) H. Isay (Nr. 46 d. Verz.) § 3 Anm. 17 zu Abs. 1 B I S. 149. Dieser Anspruch geht gegen den Staat. Er ist öffentlichrechtlicher Natur, gerichtet auf einen konstitutiven Staatsakt.

[48]) Otto Mayer (Nr. 63 d. Verz.) § 16 S. 171; Georg Jellinek (Nr. 42 d. Verz.) S. 128/29; Otto Mayer (Nr. 63 d. Verz.) § 22 S. 253: „Ist der Fall, in welchem die Erlaubnis zu gewähren ist, von dem Rechtssatze so genau bestimmt, daß die Behörde, welche sich darüber auszusprechen hat, nur ausspricht, was der

zugleich Entscheidung über den Anspruch, d. h. dessen Feststellung [49]), und dessen Erfüllung [50]) durch Abgabe einer staatlichen Willenserklärung.

Einen Wert hat aber dieser erzwingbare Ausspruch für den Erlaubnisempfänger und dessen Rechtsnachfolger nur, wenn er von dauerndem Bestande gegenüber der Verwaltungsbehörde ist. Ein dauernder Bestand dieses Anspruches gegenüber der Verwaltungsbehörde ist aber nur dann gesichert, wenn der Erlaubnisempfänger bzw. dessen Rechtsnachfolger nunmehr von der Verwaltungsbehörde ein negatives Verhalten, das Unterlassen der Aufhebung bezw. Abänderung jenes Ausspruches verlangen oder erzwingen kann (Recht auf Betätigung und Bestand der Konzession [51]).

Ein solcher auf ein negatives Verhalten gerichteter Anspruch (actio negatoria des öffentlichen Rechts) besteht in der Tat wie auf anderen [52]), so auch den Gebieten der Bauerlaubnis.

An sich widerspricht eine solche actio negatoria und die für den Staat daraus entspringende Bindung an seinen Ausspruch den Grundsätzen der Verwaltung. Deshalb gibt es auch auf dem Gebiete der Verwaltung, die sich zwecks Erfüllung ihrer Aufgaben (§ 10 II, 17 ALR. und § 5 PolGes.) den veränderten Verhältnissen jederzeit sofort anpassen muß, eine selbst verpflichtende Bindung an Aussprüche ohne Änderungs-

---

Rechtssatz schon will, so hat dieser Akt die Natur einer Entscheidung." Diese Gebundenheit wirkt dann wie alle rechtssatzmäßige Gebundenheit zugunsten der Beteiligten. Man kann sich darauf berufen und sie für sich geltend machen, um die Erlaubnis zu erwirken; dieser Anspruch auf die obrigkeitliche Handlung hat die Natur eines subjektiven öffentlichen Rechtes. Daß es Ansprüche auf Verwaltungsakte gibt, ist nicht nur dem Patentrecht eigentümlich; ebensowenig, daß die Vornahme des Staatsaktes hierzu gleich eine Entscheidung über den auf ihn gerichteten Anspruch enthält. Die Entscheidung über diesen Anspruch fällt dann zwar zeitlich, nicht aber juristisch mit den vorzunehmenden Akten selbst zusammen.

[49]) Die Natur dieses festgestellten Anspruches als eines subjektivöffentlichen ist im Schrifttum anerkannt. So Bühler (Nr. 19 d. Verz.) S. 244. Die zu Unrecht erfolgte Versagung ist daher auch eine Rechtsverletzung im Sinne des § 127 LVG., die dies besagende Verfügung anfechtbar.

[50]) Dies erklärt sich daraus, daß der Staat in eigener Sache, d. h. über seine eigene Pflicht entscheidet, da kein über ihm stehender Richter vorhanden ist, er also notwendigerweise als Richter in eigener Sache auftreten muß. Siehe Schrifttum zu Anm. 48.

[51]) J. Hatschek (Nr. 31. d. Verz.) § 22 I, 2b S. 136.

[52]) So auf dem Gebiete der „Grund- und Freiheitsrechte". Hier läßt die Verfassung die Ausübung der Staatsgewalt nicht zu, weil auf seiten des Staatsbürgers ein allgemein subjektives Recht entspringt: Paul Schön (Nr. 81 d. Verz.) S. 264, welches auf ein negatives Verhalten der verwaltenden Staatsgewalt gerichtet ist und welche zum Inhalte die Unterlassung jedes gesetzlich nicht zugelassenen Eingriffs in die persönliche Freiheit hat. Unzutreffend wäre es, zu sagen, daß (positiv) der Staatsbürger ein Recht auf freie Meinungsäußerung usw. habe. Die Meinungsäußerung ist auch ohne Recht möglich, sie ist rechtlich überhaupt nicht erfaßbar, sondern eine tatsächliche Handlung. Verboten ist nur (negativ) ihre Behinderung! J. Hatschek (Nr. 31 d. Verz.) § 22 I, 2b S. 136, insbesondere § 49 II, 3a S. 373.

befugnis und infolgedessen für den Staatsbürger eine actio negatoria gegen alle Änderungen grundsätzlich[53]) nicht. Zwar darf die Polizeibehörde in ihrem Machtbereich nicht nach Gutdünken willkürlich ihre Aussprüche aufheben, ändern oder mit Nebenbestimmungen beschweren, sondern sie darf es nur aus bestimmten polizeilichen[54]), d. h. aus Gründen des öffentlichen Wohles oder, wie es das preuß. OVG. nennt: aus objektiven erkennbaren polizeilichen Motiven[55]). Sie darf es aber schon dann, wenn, über die Anforderungen des Staatsinteresses veränderte Anschauungen sich geltend machen, selbstverständlich auch, wenn die Umstände[54]) sich geändert haben. Fleiner[56]) sagt mit Recht:

„Ein Zustand aber, der dem öffentlichen Interesse widerspricht, darf auch nicht einen Tag weiterbestehen."

Den gleichen Standpunkt vertritt Theodor Kittel[56]). Wenn auch diese Rechtslage einen Erlaubnisempfänger gegen polizeiliche Willkür schützen mag, so gewährt jener öffentlichrechtliche Besitzstand einem Erlaubnisempfänger nicht eine Gewähr auf dauernden Bestand einer erwirkten Polizeierlaubnis; denn jedes pflicht- und gesetzmäßige Einschreiten der Polizeibehörde gegen eine erteilte Erlaubnis im Falle einer nachträglichen etwaigen Polizeiwidrigkeit[57]), allerdings auch nur im Falle einer solchen wäre statthaft, trotz der prinzipiellen anfänglichen Gebundenheit[57]) der Polizeibehörde an ihren eigenen Ausspruch. Insoweit gibt es also bei dem öffentlichrechtlichen Besitzstand einen Unterlassungsanspruch dessen Inhabers gegen weitere ändernde Staatsakte nicht. Denn dieser Anspruch richtet sich nur gegen durch polizeiliche Willkür bedingte Änderungen der

---

[53]) Hierzu O. Mayer (Nr. 63 d. Verz.) Bd. 1 § 9 S. 99; Fleiner (Nr. 21 d. Verz.) S. 191 Anm. 50.

[54]) J. Hatschek (Nr. 31. d. Verz.) § 22 I, 2 a S. 135 IV 140; Fleiner (Nr. 21 d. Verz.) § 12 II b S. 189; Pr. OVG. Bd. 57 S. 495; Pr. OVG. im PrVerwBl. Bd. 32 S. 657[1]; Kormann (Nr. 52 d. Verz.) § 35 S. 334/35. Letzterer unter Berufung auf § 18 FrGG.

[55]) Pr. OVG. in Baupol. Mitt. (Nr. 14. d. Verz.) Bd. 8, 1911, S. 71.

[56]) Fleiner (Nr. 21 d. Verz.) § 12 II b S. 187. Sehr schroff Theodor Kittel (Nr. 49 d. Verz.) bei Eger Bd. 23, 1907, S. 327, aber in seiner Verallgemeinerung unzutreffend: „Es gehört zum Wesen der öffentlichen Verwaltung, daß die Verwaltungsbehörde, was sie jeweils für zweckmäßig hält, muß anordnen und durchsetzen können. Eine andere als die durch Gesetz gebotene Schranke kann die öffentliche Verwaltung nicht dulden; auf dem ihrer Tätigkeit vorbehaltenen Gebiete muß sie ganz frei sein. Jede Gebundenheit würde eine Gefährdung der öffentlichen Interessen bedeuten. Von keinem Verwaltungsakt läßt sich von vornherein sagen, ob er nicht später einmal, je nachdem sich die Verhältnisse ändern, von höchster Bedeutung sein soll. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit nicht allein, daß die Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit im Erlassen der Verwaltungsakte frei ist, sondern auch, daß sie selbst diese Freiheit sich nicht nehmen kann. Läge doch darin ein Aus-der-Hand-geben der öffentlichen Verwaltung, und so fort." Dagegen mit Recht Eger, Das Gesetz über Kleinbahnen usw. 1892, § 2 S. 41.

[57]) Hatschek (Nr. 31 d. Verz.) § 22 I, II b, III S. 136.

gewährten Erlaubnis; er geht unter, sobald eine Aufhebung durch eine spätere Polizeiwidrigkeit des mit Erlaubnis gewährten Besitzstandes bedingt ist.

Eine ausnahmslose Bedingungswirkung des Staates an seine eigenen Aussprüche gibt es in erster Linie auf dem Gebiete der Gerichtsbarkeit, den Gebieten des Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozesses. Hier ist diese Bindung an eine frühere Entscheidung in der gleichen Sache eine Wirkung der materiell rechtskräftigen Urteile. Sie sind für alle Zeiten unabänderlich[58]) zugunsten derjenigen Partei, welche sie erstritten hat. Das materiell rechtskräftige Urteil stellt das Rechtsverhältnis zwischen den Streitenden endgültig fest, und die aus der materiellen Rechtskraft entspringende Bindung verbietet den Gerichten für alle Zeiten, anders als in jener rechtskräftigen Entscheidung, bei gleichem Tatbestand, den staatlichen Willen zu äußern, mögen sich auch die Rechtsauffassungen und die äußeren Umstände etwa geändert haben[59]).

Auch auf dem Gebiete der Verwaltungsakte gibt es eine bestimmte Gruppe, die mit den Unabänderlichkeitswirkungen der materiellen Rechtskraft ausgestattet ist. Diese Unabänderlichkeitswirkung besteht bei ihr, anders als bei der Justiz, nur bei den rechtmäßigen Verwaltungsakten, aber dann auch, falls etwa eine nachträgliche Polizeiwidrigkeit an sich entstehen sollte. Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß die materielle Rechtskraft nach den Gesetzen lediglich der gesamten Rechtsprechung ausschließlich vorbehalten sei. Im Gegenteil, die materielle Rechtskraft ist eine allgemeine Einrichtung des Staatsrechts[60]). Ihr alleinige positive Regelung auf den Gebieten des Prozeßrechtes ist nur die „Konkretisierung“[61]) eines „axiomistischen Rechtsgedankens“, nicht die Regelung seiner „einzigen Anwendungsfälle“!

Es ist über diese Frage der materiellen Rechtskraft der Verwaltungsakte ein heftiger wissenschaftlicher Streit entbrannt[62]), der seinen Ausdruck nach außen in den Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages[63]) gefunden hat. Beide Berichterstatter Schultzenstein und Bernatzik haben

---

[58]) Es ergibt sich dies vornehmlich aus den Vorschriften über die Wiederaufnahme des Verfahrens: §§ 578 ff. ZPO., §§ 399 ff StrPO., § 100 LVG. u ä.

[59]) Diese Bindungswirkung dieser materiellen Rechtskraft hält selbst notorische Fehlsprüche unantastbar aufrecht, so Kohler (Nr. 50 d. Verz.) § 76 S. 348; Hellwig (Nr. 34 d. Verz.) Bd. 1 § 9 S. 45/46, Bd. 2 S. 39; derselbe (Nr. 33 d. Verz.) S. 12; Laband (Nr. 56 d. Verz.) Bd. 3, S. 376; Stein Bd. 1 § 322 II, 3 S. 813; RGZ Bd. 36 S. 171.

[60]) Schneider (Nr. 80 d. Verz.) S. 157.

[61]) Kamm (Nr. 47 d. Verz.) § 4 S. 9; Siméon (Nr. 83 d. Verz.) Bd. 2 § 19, 9 b, § 29 S. 119 und Anm. 15.

[62]) Fleiner (Nr. 21. d. Verz.) S. 186 ff.; Otto Mayer (Nr. 63 d. Verz.) S. 167 § 16; derselbe (Nr. 64 d. Verz.) S. 1 ff.; Bühler (Nr. 19 d. Verz.) S. 243—248; Kormann (Nr. 52 d. Verz.) S. 99—101, 323; Bernatzik (Nr. 15 d. Verz.) S. 7 ff. II; Verhandlungen d. 26. Deutsch. Juristentages Bd. 1 S. 86 ff; Schultzenstein Bd. 2 S. 32 ff.; Bernatzik Bd. 3 S. 378 ff.

[63]) Verhdlg. d. 26. Dtsch. Juristentages s. Anm. 62.

sich im wesentlichen zugunsten einer dauernden Bindung der Verwaltungsbehörde an ihre eigenen Entscheidungen ausgesprochen, während Zorn den gegenteiligen Standpunkt grundsätzlich eingenommen hat.

Ohne in die Einzelheiten dieses bisher unentschiedenen Streites näher einzudringen, soll hier der Standpunkt der Annahme einer Rechtskraft für diejenigen Verwaltungsakte vertreten werden, welche die gleichen Voraussetzungen und Grundlagen wie die Aussprüche der Gerichte aufzuweisen haben.

Diese Grundlagen sind von Kamm[64]) bei Prüfung der gleichen Frage hinsichtlich der Verfügung der freiwilligen Gerichtsbarkeit überzeugend aus den Gebieten, in welchen jenes „Axiom" seine andeutungsweise Regelung erhalten zu haben scheint, entwickelt worden. Nach ihm hängt die Annahme der Rechtskraft ab:

1. von der Gestaltung des der Entscheidung vorausgehenden Verfahrens,
2. von der Natur des Gegenstandes dieser Entscheidung (Eignung zur Rechtskraftwirkung),
3. von der Organisation der die Entscheidung aussprechenden Behörde.

Als erste Voraussetzung muß der betreffenden Entscheidung ein rechtlich geordnetes Verfahren[65]) vorausgehen, welches eine erschöpfende Prüfung der allseitigen Interessen, und zwar vornehmlich der maßgebenden öffentlichen Interessen gewährleistet. Denn es widerstrebt den Zwecken der Verwaltung, ihre Machtstellung ohne einen Ausgleich (hier das Verfahren) zu beschränken. Andererseits bietet ein so gestaltetes Verfahren dem Staatsbürger Gelegenheit, an der Erlangung jenes Ausspruches mitzuarbeiten[66]) durch Beschaffung von Prüfungsmaterial. Ein typisches Beispiel für ein solches Verfahren bietet das durch die §§ 17 GewO. geregelte Bekanntmachungs- und Erörterungsverfahren[67]). In diesem werden alle öffentlichrechtlichen Gesichtspunkte sowie die auf dem öffentlichen Rechte beruhenden Einwendungen Dritter mit den Beteiligten erörtert[68]). Die Verwaltungsbehörde kann genaue Unterlagen fordern, um an ihnen die Polizeimäßigkeit des Unternehmens prüfen zu können. Erst nach Prüfung des polizeilich Wesentlichen wird die vorgeschriebene Genehmigung erteilt. Eine wesentliche Voraussetzung für die spätere materielle Rechtskraft ist also jene erschöpfende Prüfungsmöglichkeit. So hindert

---

[64]) Kamm (Nr. 47 d. Verz.) §§ 5, 6—9 S. 95, § 6 S. 96.

[65]) Kamm (Nr. 47 d. Verz.) §§ 5, 6 bis 9 S. 95 ff.; Fleiner (Nr. 21 d. Verz.) § 12 S. 190/91; Bühler (Nr. 19 d. Verz.) I. Teil 4. Abschn. S. 243; Otto Mayer (Nr. 64 d. Verz.) Bd. 21 S. 32, 33 und 47.

[66]) Brauns (Nr. 18 d. Verz.) I. Teil S. 226.

[67]) vgl. hierzu §§ 17 u. 21 GewO. und Ausführungsanweisung Ziff. 11 35 vom 1. 5. 1904, sowie Baltz (Nr. 8 d. Verz.) S. 43.

[68]) vgl. hierzu §§ 109—113 preuß. ZustG. v. 1. 8. 1883 V.-B., §§ 28 u. 36 LVG., dazu Landmann-Rohmer (Nr. 58 d. Verz.) § 21 Bd. 1 S. 238.

z. B. der Mangel einer solchen Prüfungsmöglichkeit den Eintritt der materiellen Rechtskraft bei den amtsrichterlichen Strafbefehlen[69]); denn bei dem Verfahren über Erlaß von amtsrichterlichen Strafbefehlen hat der Amtsrichter, ohne die öffentlichen Interessen erschöpfend berücksichtigen zu können, dem Antrage der Staatsanwaltschaft auf Erlaß des Strafbefehls in der beantragten rechtlichen Würdigung gemäß § 408 Abs. 1 Satz 2 StPO. zu entsprechen. Eine erschöpfende Prüfung des Sachverhalts findet also nicht statt.

Anders bei dem üblichen Verfahren vor Erteilung der Bauerlaubnis. Hier wird sachlich übereinstimmend mit dem Verfahren gemäß §§ 17 ff. GewO. eine genaue Prüfung des polizeilich wesentlichen Sachverhalts vorgenommen. Der baulustige Gesuchsteller muß zugleich mit seinem Baugesuche Bauvorlagen[70]) einreichen. Als Bauvorlagen pflegen meistens ein Lageplan des zu bebauenden Grundstücks sowie vor allem ein Bauplan mit Grundrissen der Geschosse, Querschnitten, Konstruktions- und Materialangaben gefordert zu werden. Dieser Bauplan muß in allen seinen zeichnerischen, technischen und statischen Angaben so beschaffen[71]) sein, daß an Hand dieser Angaben die Baupolizeibehörde durch ihre Bausachverständigen die Erfüllung der materiellen Bauvorschriften nachprüfen lassen kann. Im Falle der Nichterfüllung dieser Voraussetzung kann die Baupolizeibehörde dem Antragsteller die Bauvorlagen zwecks Vervollständigung[72]) zurückgeben. Auf Grund dieser Unterlagen kann dann die Baupolizeibehörde an Hand der materiellen Baupolizeivorschriften alles polizeilich Wesentliche des Bauvorhabens bis in alle Einzelheiten prüfen und durch Erteilung der Bauerlaubnis gegebenenfalls unter Bedingungen bezw. durch deren gänzliche Versagung den polizeilichen Interessen Geltung verschaffen. Die Gründlichkeit des Verfahrens bietet nach diesen die Gewähr, daß die Staatsinteressen nicht zu kurz kommen.

Die zweite Voraussetzung einer materiellen Rechtskraft ist die Eignung[73]) der zu entscheidenden Sache ihrer Natur[74]) nach zur Regelung durch einen mit Unabänderlichkeit ausgestatteten Ausspruch. Geeignet ihrer Natur nach sind nur Aussprüche, die über Lebensverhältnisse ergehen, welche eine gewisse Beständigkeit aufzuweisen haben. Nur bei solchen kann auf Grund der in den Genehmigungsverfahren dargelegten Unterlagen die Polizeibehörde unter Anwendung ihrer durch dauernde Verwaltungsübung gewonnenen Erfahrung die künftige Polizeimäßigkeit eines Unter-

---

[69]) RGSt. Bd. 4 S. 245, Bd. 9 S. 323, Bd. 14 S. 359.
[70]) Baltz (Nr. 8 d. Verz.) II. Teil b III b 20 II S. 115; derselbe S. 334/35 § 28 der BaupolVO. für den Stadtkreis Berlin v. 15. 8. 1897.
[71]) Baltz (Nr. 8 d. Verz.) S. 114, 2; Pr. OVG. Bd. 32 S. 353.
[72]) Baltz ebendort S. 114.
[73]) Kamm (Nr. 47 d. Verz.) § 7 S. 103.
[74]) Brauns (Nr. 18 d. Verz.) S. 232.

nehmens beurteilen (mögliche künftige Ursächlichkeit = Gefahr [75]) im Sinne des § 10 II, 17 ALR.). Ihr aus § 10 II, 17 ALR. entspringendes Amt würde im Falle der Annahme einer Unabänderlichkeit von Aussprüchen über Lebensverhältnisse mit naturgemäß wechselnder Polizeimäßigkeit vereitelt werden. Die Verwaltung muß bei solchen Lebensverhältnissen die Freiheit ihrer Entschließungen behalten, um schlagkräftig sein zu können. Eine Eignung in diesem Sinne ist für das Gebiet der Bauerlaubnis zu bejahen. Technik und Baukunst haben Berechnungsarten, mittels deren die Tauglichkeit eines jeden Baustoffes usw. genau geprüft werden kann. Infolge der Dauer gleichbleibender Verhältnisse, in denen das Bauvorhaben sich befinden soll, kann im voraus in fast allen Fällen hinsichtlich seiner polizeilichen Gefährlichkeit ein sicheres Urteil abgegeben werden. Die Baupolizeibehörde kann deshalb sehr wohl prüfen und endgültig entscheiden, ob das fragliche Bauvorhaben eine generelle Möglichkeit einer späteren Gefahr in sich bergen kann. Somit ist also auch die zweite Voraussetzung für eine materielle Rechtskraft erfüllt [76]).

Auch die dritte und wichtigste Voraussetzung ist erfüllt; die Stellung [77]) der Verwaltungsbehörde als einer entscheidenden [78]) Behörde bei der Prüfung des der Bauerlaubnis zugrunde liegenden Gegenstandes. Gegenstand dieser Prüfung ist der oben S. 13—14 dargestellte subjektiv-öffentliche Anspruch auf Erteilung der Bauerlaubnis (im Falle des Vorliegens aller vom materiellen Baurecht geforderten Voraussetzungen für das beabsichtigte Bauvorhaben). Anspruchserzeugend [79]) ist der generelle Rechtssatz des § 68 I, 8 ALR., auf Grund dessen die Baupolizeibehörde das Baugesuch überprüft, deshalb, „weil er zwingenden Charakters ist, d. h. das freie Ermessen der Verwaltungsbehörde bei deren Anwendung ausschließt, weil er zweitens zugunsten bestimmter Personen (der Baulustigen) zur Befriedigung ihrer individuellen Interessen und nicht nur im Interesse der Allgemeinheit erlassen ist, und weil er drittens im Interesse der Baulustigen mit der Wirkung erlassen ist, daß sie sich auf ihn sollen berufen können, mittels desselben ein bestimmtes Verhalten der Verwaltungsbehörde sollen herbeiführen können". (So Bühler Anm. 79.) Anspruchbegründend im Einzelfall ist die vom Gesuchsteller nachgewiesene Erfüllung der materiellen Vorschriften der örtlichen Baupolizeiordnung, welchen Tatbestand die Baupolizeibehörde unter den generellen Rechtssatz

---

[75]) Hatschek (Nr. 31 d. Verz.) § 20, 1 S. 117.

[76]) Sollte ausnahmsweise diese Prüfung wegen mangelnder Erfahrung, hinsichtlich neuer „Baustoffe", Methoden usw. kein abschließendes Urteil ermöglichen, so bleibt die rechtliche Möglichkeit, die Erlaubnis nur vorläufig zu erteilen. s. oben S. 10, 12 ff.

[77]) Kamm (Nr. 44 d. Verz.) § 8 S. 104—108.

[78]) Isay (Nr. 46 d. Verz.) § 3 Anm. 17 zu Abs. 1b I S. 149; vgl. Anm. 48 S. 14/15.

[79]) Bühler (Nr. 19 d. Verz.) 1. Teil 1. Abschn. S. 21 S. 42, 47.

unterordnet. Die Berücksichtigung „anderer“ [80]) als der im Gesetz (Bauordnung) genannten Umstände ist daher ausgeschlossen, weswegen Rechtsanwendung und nicht Ausübung freien Ermessens vorliegt [81]). Erteilung wie Versagung der verlangten Erlaubnis muß daher ein logischer Schluß aus Tatbestand und Rechtssatz sein. Die vom Gesuchsteller geltend gemachte Rechtsfolge ist dann der Ausspruch der Erlaubnis als Ergebnis dieses logischen Schlusses. Auch geht hieraus mit aller Deutlichkeit hervor, daß die Baupolizeibehörde nicht von sich aus bei der Genehmigung „etwas Neues [81]) schafft, sondern daß sie nur ein Urteil über einen ihr unterbreiteten Tatbestand abgibt“. Denn in dem Genehmigungsverfahren wird jener bereits vorhandene subjektivöffentliche Anspruch als bereits vorhanden festgestellt [82]). Der Gesuchsteller erhält auf Grund jenes Erkenntnisses das mit seinem Gesuche geltend gemachte Recht, aber mit der Veränderung, welche es durch jenes Feststellungsverfahren erlitten hat [83]). Erst nach der Feststellung im Genehmigungsverfahren ist jenes Recht ausübungsfähig geworden, und zwar durch jenen Feststellungsausspruch, der zugleich die oben behandelte Unbedenklichkeitserklärung und den Ausspruch eines Dürfens enthält [84]). Das nach dem Genehmigungsverfahren festgestellte Recht befindet sich in der gleichen Lage wie im Zivilprozeß der Urteilsanspruch zum Leistungsanspruch. Hier tritt an Stelle des Prozeßzwanges der Genehmigungszwang oder, mit Bezug auf die „entscheidende“ Tätigkeit der Verwaltungsbehörde, der Legalisierungszwang [85]). Rechte, die für ihre Ausübung (aus Gründen polizeilicher Vorsorge) erst der Legalisierung bedürfen, sind Rechte mit sogen. Legalisierungszwang [85]). Bei diesem Legalisierungsausspruch übt die Verwaltungsbehörde dieselbe juristische Tätigkeit aus, wie sie die Gerichte bei Fällung ihrer Urteile betätigen. In beiden Fällen stellen die maßgebenden Staatsbehörden nur fest, ob der Urteils- bezw. Gewährungsfall rechtssatzmäßig festgelegt ist. Diese Tätigkeit hat die Natur einer Entscheidung [86]). Ein durch solche juristische Tätigkeit gewonnener Ausspruch unterscheidet sich von den Verwaltungsbefehlen, die naturgemäß keiner Bindung unter-

---

[80]) „Anderer“: bei Ausübung freien Ermessens können beliebige Gesichtspunkte herangezogen werden.

[81]) Bühler (Nr. 19 d. Verz.) 1. Teil 4. Abschn. S. 243/44.

[82]) Kormann (Nr. 52 d. Verz.) § 10 II S. 66: „Dabei ist aber zu beachten, daß Feststellung ein materieller, Urteil dagegen ein formeller Begriff ist.“

[83]) Bühler (Nr. 19 d. Verz.) S. 245.

[84]) vgl. den staatlichen Strafausspruch.

[85]) Bühler (Nr. 19 d. Verz.) S. 245.

[86]) Otto Mayer (Nr. 63 d. Verz.) § 22 S. 253. Vgl. auch Schanze (Nr. 78 d. Verz.) S. 173. Er vertritt gegenüber Laband (Nr. 56 d. Verz.) Bd. 2 S. 220 und Georg Meyer (Nr. 65 d. Verz) Bd. 5 S. 446 den Satz, der Erteilungsbeschluß sei nicht Verwaltungsakt, sondern Rechtsentscheidung, denn das Patentamt entscheide nicht nach freier Entschließung aus Zweckmäßigkeitsgründen, sondern auf Grund rechtlicher Gebundenheit. (Zustimmend Damme, Gewerblicher Rechtsschutz Bd. 3 S. 264.)

worfen sein können, dadurch, daß ihnen keine Zweckbestimmung [87]) innewohnt. Bei den Verwaltungsbefehlen ist die Anwendung des Rechtes nur Mittel zum Zweck [88]), zur Erreichung der dem Staate zugefallenen Aufgaben. Hier eine Bindung zu verlangen, hieße ja den Staat seiner Mittel zu berauben. Dagegen ist bei allen „Entscheidungen" die Anwendung des Rechtes der Endzweck [89]). Einem solchen Staatsakte kann keine besondere Zweckbestimmung innewohnen; denn ein logischer Schluß aus Rechtssatz und Tatbestand ist notwendig endgültig. Das öffentliche Interesse ist bei Akten der Entscheidung — bei der Verwaltung einen fehlerlosen Staatsakt vorausgesetzt — durch deren Erlaß erloschen, dagegen bei Akten der Anordnung fortbestehend. Auch dieser Gesichtspunkt rechtfertigt die Annahme einer materiellen Rechtskraft bei allen Entscheidungen.

Da somit alle drei Voraussetzungen der materiellen Rechtskraft bei der Bauerlaubnis vorliegen, steht deren Annahme nichts im Wege. Vor allem steht die Eigenart des Verwaltungsrechts dieser Annahme ebenfalls nichts entgegen, wenn man alle Verwaltungsakte scheidet in die Gruppen, welche jene drei Voraussetzungen aufweisen, und diejenigen, bei welchen es nicht der Fall ist. Die mit Erfolg von Kamm [90]) auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit durchgeführte Scheidung der Verfügungen in solche, die einer materiellen Rechtskraft fähig, und die einer solchen unfähig sind, bestätigt die Richtigkeit unserer Ansicht; denn das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist den Gerichten hauptsächlich deshalb übertragen, weil sie unabhängige Behörden sind. Sachlich gehört es in das Gebiet des Verwaltungsrechtes [91]). Die Grundsätze, die auf jenen Sondergebieten des Verwaltungsrechtes gelten, können unbedenklich für unser Gebiet verwandt werden. Es sind ja, wie schon oben dargelegt, Grundsätze des gesamten Staatsrechtes. Aus der Annahme der materiellen Rechtskraft der Bauerlaubnis folgt, daß der Erlaubnisempfänger einen jede Änderung dieser Erlaubnis hindernden negativen Anspruch hat. Dieser negative Anspruch schafft dem Staatsbürger ein Freigebiet [92]) von § 10 II, 17 ALR., genau wie es die verfassungs- und gesetzmäßig garantierten Grundrechte für ihre Gebiete schaffen. Der Staatsakt der Bauerlaubnis ist demnach unabänderlich. Entscheidung und Gesetz stehen einander insofern gleich [93]). Dieser Anspruch wird nicht etwa verliehen durch den Akt der

---

[87]) Kamm (Nr. 47 d. Verz.) § 8 S. 105.
[88]) Brauns (Nr. 18 d. Verz.) S. 228.
[89]) Fleiner (Nr. 21 d. Verz.) § 12 S. 186.
[90]) Kamm (Nr. 47 d. Verz.) S. 84 ff.
[91]) Goez (Nr. 28 d. Verz.) S. 7.
[92]) Kormann (Nr. 52 d. Verz.) § 12 S. 99/100: „. . . rein negativer Anspruch gegen den Staat auf Nichtstörung in der Vornahme der erlaubten Handlung" (status libertatus, Jellinek).
[93]) Otto Mayer (Nr. 64 d. Verz.) Bd. 21 S. 22 und das dort angeführte Schrifttum. Eine Abänderung eines solchen materiell rechtskräftigen Staatsaktes kann nicht geschehen auf Grund jenes § 10 II, 17 ALR. als eines generellen

Erlaubniserteilung, sondern er entsteht durch die Rechtsordnung für den Staatsbürger als genereller [94]) Freiheitsanspruch von staatlichem Zwang. Allerdings unterscheidet sich durch diesen negativen Anspruch die Rechtskraft der Verwaltungsakte von der der Urteile [95]). Letztere sind unabänderlich infolge eines rechtssatzmäßigen Verbotes an die Gerichte, sich noch einmal mit der Sache zu befassen und anders, als geschehen, den staatlichen Willen zu äußern, um den Nimbus ihrer Unfehlbarkeit [96]) zu erhalten. Diese Art der materiellen Rechtskraft ist als „absolute" [97]) zu bezeichnen. Demgegenüber steht die „relative" [97]) materielle Rechtskraft der Entscheidungen der Verwaltungsbehörden. Auch bei ihr ist der einmal ergangene Staatsakt unabänderlich, aber nur infolge jenes generellen Unterlassungsanspruchs. Bei der relativen materiellen Rechtskraft besteht diese Unabänderlichkeit aber nur, soweit und solange der Staatsbürger jenen Anspruch geltend macht. Verzichtete er auf seine Geltendmachung, so ist die Verwaltungsbehörde ungehindert, ihren früheren Ausspruch zu ändern [98]). Wenn Otto Mayer selbst der Sache nach eine (relative) materielle Rechtskraft bei den Verwaltungsakten nicht zulassen will, so richtet sich seine Stellungnahme hauptsächlich gegen die Anwendung des Namens der materiellen Rechtskraft. Es ist insofern Bernatzik zuzustimmen, der die Gegnerschaft Otto Mayers nur für einen

---

Polizeirechtssatzes, sondern nur aus dem Gesichtspunkte eines Staatsnotrechtes. Für das Gebiet des Gewerberechtes gilt in dieser Beziehung der § 51 GewO. Dieser außerordentliche Eingriff ist indes nur zulässig wegen nicht vorhergesehener und unvorhersehbarer Nachteile für das öffentliche Wohl. Dieser Zurücknahmegrund ist aber kein Ausfluß der allgemeinen Polizeigewalt, deren Amtsbefugnisse auf Grund der materiellen Rechtskraft ja bereits aufgezehrt sind, sondern eine Art Zwangsenteignung in weiterem Sinne (Reger Bd. 4 S. 396). In diesem Sinne sind auch die von Hatschek a. a. O. § 22 IV, 2 angeführten vom preußischen Oberverwaltungsgericht entschiedenen Fälle einer nachträglich zulässigen Zurücknahme zu verstehen. Ob hierdurch an sich eine Entschädigungspflicht gemäß § 74 Einl. z. ALR. entstehen müßte oder nicht, mag hier dahingestellt bleiben. Vgl. dazu auch Baltz (Nr. 8 d. Verz.) S. 381 und Anm. 13 und 14 sowie § 40 der Berliner Baupolizeiverordnung sowie S. 52 mit Anm. 192 unten. Otto Mayer (Nr. 63 d. Verz.) Bd. 1, 1914, S. 99: „Der Staatsbürger hat aus allgemeinen Gründen einen subjektiv-öffentlichen Anspruch darauf, daß die Polizeibehörde ihre Entschließung in der Form der eine Erlaubniserteilung enthaltenden rechtschaffenden Verfügung aufrecht erhält", dazu Pr.OVG. Bd. 29 S. 371.

[94]) Schön a. a. O. § 22 Ia S. 264.

[95]) „Aus Zweckmäßigkeitsgründen des öffentlichen Interesses und gewissermaßen auch aus eigenem Interesse der Gerichte": Otto Mayer (Nr. 64 d. Verz.) Bd. 21 S. 30/31, 40/43 „. . . Der Zweck der absoluten Rechtskraft ist, das Richteramt vor zwiefacher Rechtsprechung zu schützen. Die Justiz will nichts anderes als die untrügliche Verkünderin des Willens des Gesetzes sein."

[96]) Otto Mayer (Nr. 64 d. Verz.) Bd. 21 S. 31/32.

[97]) Derselbe (Nr. 63 d. Verz.) 3. Aufl. § 16 S. 163.

[98]) Anschütz (Nr. 6 d. Verz.) Fall 92. Der Verzicht auf die Bauerlaubnis ist also wirksam, denn der Erlaubnisempfänger kann auf seinen subjektiv-öffentlichen Anspruch verzichten. Mithin ist für die Verwaltungsbehörde kein Hindernis mehr vorhanden, den staatlichen Willen anders zu äußern. Vgl. Landmann (Nr. 57 d. Verz.) Bd. 1 § 49 Anm. 8 S. 600 ff.

Streit um Worte hält. Ferner ist nicht einzusehen, weshalb Otto Maye die Annahme einer materiellen Rechtskraft lediglich an die Tatsache eine Formelaktes, wie ihn das Urteil darstellt, knüpfen will. Ist es doch, wi Bernatzik ausführt, in vielen Fällen oft reiner Zufall[99]), daß ein Verwaltungssache von den Verwaltungsbehörden, die anderen dagegen vo den Verwaltungsgerichten entschieden wird (vgl. insbesondere den § 15 des alten ZustGes. vom 26. 3. 1876). Von diesen oft keinen innere Grund aufweisenden Regelungen kann aber unseres Erachtens die Annahm einer materiellen Rechtskraft nicht abhängig gemacht werden.

Aus diesen vorstehenden Darlegungen kamen wir zu dem schon obe angeführten Ergebnis, daß eine Bauerlaubnis der (relativen) materielle Rechtskraft fähig ist. Die Verwaltungsbehörde darf also den ihrer Entscheidun zugrunde liegenden Tatbestand später nicht mehr anders rechtlich würdigen also keinen dem ersten widersprechenden Ausspruch erlassen[100]).

II. b) 2. Der Tatbestand.

α) Die materielle Rechtskraft bezieht sich, wie schon dargelegt, nur a einen ganz bestimmten Tatbestand. Dieser bestimmte Tatbestand macht de Umfang der Rechtskraft aus. Die objektiven Grenzen der materielle Rechtskraft werden bestimmt durch den der Prüfung zugrunde liegende Gegenstand. Dieser Gegenstand besteht in der Gesamtheit der dieser Prüfun des Bauvorhabens unterliegenden wesentlichen polizeilichen Moment welche im Falle ihrer Erfüllung durch den Baulustigen jenen subjektiv öffentlichen Ausspruch erzeugen.

II. b) 2.

β) Die subjektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft hängen auf engste mit unserer Streitfrage zusammen. Es ist die Frage, ob die materiell Rechtskraft auf bestimmte Personen beschränkt ist. Diese Frage wird vo der Beantwortung der weiteren abhängen, ob Eigenschaften der beteiligten Per sonen anspruchsbegründend für jenen materiellrechtlichen Erteilungsanspruc sind oder nicht. Anspruchsbegründend würden Eigenschaften aber nu dann sein können, wenn sie zu den polizeilich wesentlichen Momenten de Genehmigungsverfahrens gehörten. Sind solche Eigenschaften vorhande so ist bei jedem Personenwechsel eine erneute Prüfung notwendig und i jeder Personenwechsel auch anspruchsvernichtend.

---

[99]) Bernatzik, Verhdlg. 26. Deutschen Juristentages Bd. 2 S. 42/43.

[100]) § 43 der bad. VO. das Verfahren in Verwaltungssachen betreffen v. 31. 8. 1884: „. . . Die Verwaltungsbehörde darf im allgemeinen eine Verfügun oder Entscheidung frei abändern, es sei denn, daß durch die Verfügung oder En scheidung eine Partei einen gesetzmäßigen Anspruch bereits erworben hat. Vgl. Walz (Nr. 90 d. Verz.) S. 232; Fleiner (Nr. 21 d. Verz.) S. 182; Bühle (Nr. 19 d. Verz.) S. 3 Anm. 11.

III. Das Verhältnis der beteiligten Personen zum Tatbestand und zum entscheidenden Ausspruch.

Der Prüfungstatbestand bei polizeilichen Erlaubniserteilungen ergibt sich aus dem Zwecke des Erlaubnisverfahrens. Die Polizeierlaubnis ist eine Einrichtung der staatlichen Überwachung[101]) (Gefahrenabwendung). Die Polizei verbietet grundsätzlich irgendwelche tatsächlich oder rechtlich freie Handlungen, weil diese die generelle Tendenz haben, bei schrankenlos freier Ausübung mit § 10 II, 17 ALR. in Widerstreit zu geraten, behält sich aber in der gleichen verbietenden Rechtsnorm für den Einzelfall Gewährungsvorbehalte vor. Wie schon oben S. 9 dargelegt, ändert die Bauerlaubnis zugunsten einer bestimmten Person (des Bauherrn) auf Grund jener Gewährungsvorbehalte das objektive Recht, welches — sei es als formelle oder materielle Schranke — die Befugnisse des Eigentümers aus § 903 BGB. einengt. Es wird also für eine Einzelperson eine Schranke beseitigt, die für andere noch fortbesteht, indem ihr etwas erlaubt wird („Dürfen"), was für die anderen verboten bleibt. Diese verwaltungstechnische Überwachung (s. Hatschek a. a. O. § 22 I, 1 und 2 S. 135) und Regelung des Bauwesens widerspricht auch nicht dem durch Art. 109 Reichsverfassung ausgesprochenen Grundsatze der (formellen) Rechtsgleichheit[102]).

Die Gesetzgebung, sei es auch nur die im materiellen, nicht formellen Sinne, worunter Baupolizei- wie andere Polizeiverordnungen fallen, verletzt keineswegs das Verbot der materiellen Rechtsungleichheit; denn in den Gesetzen kann dann immer noch eine verschiedenartige Regelung Platz greifen, wenn dies durch objektive vernünftige Gründe gerechtfertigt ist. Dies ist bei den auf § 10 II, 17 ALR. beruhenden Baupolizeiverordnungen der Fall. Da in den allgemeinen Verboten der Baupolizeiverordnungen der Gewährungsvorbehalt, d. h. die Befreiung vom allgemeinen Verbot, und dessen Anwendung von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängig gemacht ist — Einreichung eines polizeimäßigen Bauplanes und dergleichen —, und da der Baulustige einen Erteilungsanspruch (s. oben S. 23) bei Erfüllung aller Voraussetzungen hat, ist von vornherein jede Willkür bei richtiger Gesetzesanwendung ausgeschlossen. Somit verstößt eine Polizeiverordnung mit (formellen und materiellen) Befreiungsmöglichkeiten von dem in ihr enthaltenen Verbote keineswegs gegen jenen Verfassungsgrundsatz.

Ist also durch Änderung des verbietenden objektiven Rechtes der ursprüngliche Zustand der Freiheit (status libertatis) wieder eingetreten, so kann man nunmehr auch von einer rechtlich freien Handlung sprechen.

---

[101]) Fleiner (Nr. 21 d. Verz.) § 24 S. 378; Hatschek (Nr. 31 d. Verz.) § 22 S. 134.

[102]) Hatschek (Nr. 32 d. Verz.) (Staatsrecht) Bd. 1 § 10 I, 2 S. 196; Anschütz (Nr. 6 d. Verz.) Art. 109 Anm. 1 und 2 S. 189.

III. a) 1. u. 2. Die polizeilich wesentlichen Momente erlaubnispflichtiger Unternehmen.

Die Prüfungen der rechtlichen unfreien Handlungen erfolgt je nach der Art des verbotenen Lebensgebietes nach drei Richtungen[103]), nämlich einmal ob die Vornahme der betreffenden Handlungen infolge der persönlichen Eigenschaften oder der persönlichen Fähigkeiten des Trägers[104]) der zu erteilenden Erlaubnis, also durch polizeiliche Unzuverlässigkeit, mit den Grundsätzen des § 10 II, 17 ALR. in Widerspruch geraten oder andererseits ob bei polizeilicher Unerheblichkeit der persönlichen Zuverlässigkeit die verwendeten Mittel des Unternehmens polizeilich gefährlich zu sein pflegen, oder ob endlich sogar die persönliche und sachliche Seite des Unternehmens das gemäß § 10 II, 17 ALR. zu schützende „Polizeigut" gefährden.

Alle drei Arten sind im Gewerberecht vertreten und so hinreichend bekannt, daß ein Hinweis auf §§ 31, 32 für die erste auf §§ 16 ff. für die zweite und auf § 33 GewO. für die letzte Art diese hinreichend bezeichnet.

Bei der an erster Stelle genannten, sowie der an letzter Stelle genannten Art bedarf die eine Erlaubnis nachsuchende Person einer Prüfung ihrer persönlichen Verhältnisse (so Kenntnisse, Befähigungszeugnis des § 31 GewO., Zuverlässigkeit in sittlicher und artistischer Hinsicht § 32 GewO u. ä.). Insoweit ist sie also Objekt des Genehmigungsverfahrens und gehört somit zum Tatbestand des polizeilichen Entscheides. Jede Veränderung dieser persönlichen Eigenschaften bei der Person des Erlaubnisempfängers schafft also schon einen veränderten Tatbestand, vermöge dessen die zuständige Polizeibehörde erforderlichenfalls einen der Erlaubnis entgegengesetzten Ausspruch betätigen kann (vgl. hierzu §§ 26, 27 des RG vom 27. 7. 1877, RGBl. 549[105]), sowie § 13 Abs. 2 GewO.). Tritt in diesen Fällen, soweit dieses der Sache nach überhaupt tatsächlich möglich ist, im Wege der Privatrechtsnachfolge in das betriebene Unternehmen (Gast- und Schankstätte!) eine andere Person an die Stelle des Erlaubnisempfängers, so liegt also ein neuer Genehmigungsfall vor; denn gerade der betreffenden Person[106]) ist die Erlaubnis erteilt, weil ihre maßgebenden persönlichen Eigenschaften für gesetzmäßig befunden sind. Das objektive Recht (Rechtsnorm) ist in diesen Fällen und für eine ganz bestimmte Person geändert. Die Gewerbeordnung bringt dies für ihr Gebiet schon durch ihre Überschrift vor den §§ 29 ff. zum Ausdruck: Gewerbetreibende, die einer besonderen Genehmigung bedürfen".

---

[103]) Fleiner (Nr. 21 d. Verz.) § 24 I S. 380; Hatschek (Nr. 31 d. Verz.) § 22 I S. 134/35.

[104]) Bei juristischen Personen wird dies bei ihren Organen nachzuprüfen sein. Vgl. Landmann (Nr. 57 d. Verz.) § 33 Anm. 6 S. 374 Anm. 15 S. 393.

[105]) Landmann-Rohmer (Nr. 58 d. Verz.) § 31 Anm. 2 Abs. 5 S. 330/31 und § 53 Anm. 8 und 9 S. 622—625.

[106]) Derselbe ebendort § 33 Anm. 8e S. 384.

Besonders deutlich tritt dies beim Wechsel eines Schankstätteninhabers, der seinerzeit die erforderliche Genehmigung erhalten hat, hervor. Hier schafft selbst die Verpachtung des Gewerbebetriebes einen neuen Genehmigungsfall [107]). Daraus folgt, daß bei dieser Art von erlaubnispflichtigen Gewerbebetrieben die Person des Gewerbetreibenden eine spezielle und keine ersetzbare Person ist. Der Grund dazu liegt darin, daß eine bei diesen Arten von Polizeierlaubnissen beteiligte Person nicht nur als Erlaubnisempfänger und Berechtigter (Subjekt), sondern auch als Prüfungstatbestand (Objekt) in Frage kommt. Deshalb beschränkt sich in diesen Fällen eine Polizeierlaubnis von selbst in ihren Wirkungen auf eine bestimmte Person. Dies bedeutet vom Standpunkte des „geänderten Rechtes im objektiven Sinne" aus, daß die Person zum Inhalte des nunmehr — nach Erlaubniserteilung — geltenden objektiven Rechts gehört. Daraus folgt ohne weiteres, daß bei persönlichen und persönlich-sachlichen Erlaubniserteilungen ein Personenwechsel Endigungsgrund des ergangenen Staatsaktes ist; denn eine neue Person ist durch die Schranken des allgemeinen Verbotsgesetzes, welches nur für eine bestimmte Person aufgehoben war, rechtlich gehindert.

III. a) 3. Die rein sachlichen Mittel des Unternehmens.

Im Gegensatz hierzu stehen diejenigen Erlaubniserteilungen, bei denen lediglich die fraglichen sachlichen Mittel des Unternehmens als generell gefährlich angesehen werden. Bei diesen kommt der § 10, II, 17 ALR. nur insoweit zur Anwendung, als jene von den Gesuchstellern zu verwendenden sachlichen Mittel das öffentliche Interesse berühren. Die Person des Gesuchstellers zu berücksichtigen, gehört hier nicht zu den nötigen Anstalten im Sinne des § 10 II, 17 ALR.; denn sie ist lediglich Subjekt, d. h. Erlaubnisempfänger. Die Gewerbeordnung bringt dies in der Überschrift vor §§ 16 ff. GewO. durch die Worte: „Anlagen, welche einer besonderen Genehmigung bedürfen" unzweideutig zum Ausdruck. Hier ist nur das Unternehmen, wie es durch seine sachlichen Mittel in Erscheinung tritt, Tatbestand des Genehmigungsverfahrens. Dies ergibt sich unmittelbar schon aus § 16 GewO., in welchem die einzelnen polizeilichen Momente aufgeführt sind, nämlich die örtliche Lage, Beschaffenheit der Betriebsstätte usw. Ferner erhellt dies aus § 17 GewO., durch welche Prüfungsunterlagen für die sachlichen Mittel, nämlich Zeichnungen und Beschreibungen, gefordert werden. Erlaubnisvernichtend ist bei diesen Erlaubniserteilungen jede Veränderung des genannten Prüfungstatbestandes; denn gemäß § 25 GewO. muß bei jeder Änderung der sachlichen Mittel, aber auch nur dann, eine neue Genehmigung nach erneutem Prüfungsverfahren eingeholt werden.

Eine Unabänderlichkeit (materielle Rechtskraft) gibt es nur hinsichtlich eines ganz bestimmten Tatbestandes. Rechtskraft und Tatbestand sind zwei Momente, die zueinander in bedingender Wechselwirkung stehen.

[107]) Derselbe ebendort § 33 Anm. 8e S. 384.

Sobald ein neuer Tatbestand vorliegt, hört die Bindung an den Staats akt auf, die betreffende Handlung wird zu einer rechtlich unfreien, un das allgemeine Verbotsgesetz tritt wieder in Kraft. Andererseits befrei hier ein Personenwechsel der Inhaber des Unternehmens die Verwaltungs behörde nicht von jeder Bindungswirkung. Zugunsten eines jeden neuen Er werbers bleibt diese Gebundenheit vielmehr bestehen. In seiner Person entsteh daher jener aus der relativen materiellen Rechtskraft entsprungene Abwehran spruch gegen staatlichen Zwang von neuem, sobald er in die Lage des Können gekommen ist. Jenes Können aber entsteht durch die privatrechtlich Möglichkeit, jene polizeilich bedeutsame Handlung tatsächlich ausüben z können.

III. b) Die polizeilich wesentlichen Momente des Bauvorhabens.

Diese Folgerung hat der § 25 GewO. in Abs. 1 Satz 1 ausgesproche („. . . . und bedarf, wenn die Anlage an einen neuen Erwerber übergeht einer Erneuerung nicht"). In dieser Regelung finden wir eine Bestätigun der hier vertretenen Ansicht. Man wird diese im öffentlichen Recht allerdings nicht häufige Regelung indes nicht als eine Ausnahme ansehe können, sondern in ihr nur den Ausdruck eines allgemeinen Gedanken erblicken müssen. Dieser Gedanke ist daher auch geeignet, für unser Sonder gebiet verwendet zu werden.

Die Bauerlaubnis ist bereits als eine Erlaubnis für ein Unternehme mit nur sachlich bedeutsamen Mitteln geschildert worden. Ihr negative Inhalt (vgl. oben S. 4, 5) enthält einen Ausspruch darüber, daß dem ge planten Bauvorhaben Hindernisgründe in dem zurzeit geltenden öffentliche Rechte nicht entgegenstehen. Hindernisgründe sind diejenigen polizeiliche Momente, derentwegen die Tätigkeit des Bauens zu einer rechtlich un freien Handlung geworden ist. Die polizeilichen Momente sind die i den örtlichen Baupolizeiverordnungen enthaltenen materiellen Vorschriften Nach diesen Vorschriften werden diejenigen Anforderungen an den Häuserbau gestellt, welche der § 10 II, 17 ALR. erfordert, nämlich Vorschriften im Interesse der Standfestigkeit, Feuersicherheit, Gesundheit des Verkehrs und der nachbarlichen Beziehungen[108]). Als Beispiel sei hier angeführt die Baupolizeiverordnung[109]) für den Stadtkreis Berlin vom 15. August 1897 Titel 1 dieser Verordnung lautet: „Polizeiliche Anforderungen und Be schränkungen". Er enthält in den §§ 6—12 Vorschriften über Stand festigkeit, in den §§ 7, 16, 18—20 Vorschriften über Feuersicherheit, i den §§ 2, 4, 5, 26 Vorschriften über Gesundheit, in den §§ 1 und 1 Vorschriften über den Verkehr, sowie in den §§ 5, 7 Vorschriften übe das öffentliche Nachbarrecht. Von der Person des Bauluftigen wird i diesem Titel wie auch in den übrigen keine Notiz genommen.

---

[108]) Baltz (Nr. 8 d. Verz.) S. 79.
[109]) Baltz (Nr. 8 d. Verz.) S. 234.

In dem zweiten Titel wird der Genehmigungsfall behandelt. § 27 lautet: Der Baupolizeilichen Genehmigung bedürfen:

1. Alle neuen baulichen „Anlagen“ [110]).
2. Bei stehenden baulichen Anlagen die Herstellung oder Veränderung von . . .

Auch dieser ebenso wie die folgenden beiden Titel erwähnen die Personen der Bauherren nicht als Objekt der polizeilichen Prüfung, sondern nur als Verfügungsempfänger (vgl. § 29 Ziff. 1).

In dem § 29 werden unter Ziff. 1 das Wirksamwerden der Erlaubnis und unter Ziff. 3 die Endigung der Bauerlaubnis behandelt. Der Personenwechsel wird als ein Endigungs- bezw. Erlöschungsgrund nicht festgesetzt [111]). Man kann hieraus, wie auch aus den andern vorgenannten Vorschriften, den Schluß ziehen, daß die Person des Bauherrn polizeilich nicht wesentlich ist und seine polizeilichen Eigenschaften und Fähigkeiten keine Hindernisgründe des öffentlichen Baurechts ausmachen.

Dieser Schluß aus jener Baupolizeiverordnung darf infolge der Bedeutung der Berliner Bauordnung über den Kreis von Berlin hinaus verallgemeinert werden [112]).

III. c) Die Person des Erlaubnisempfängers.

In vorstehendem ist gekennzeichnet, was als Objekt des Genehmigungsverfahrens anzusehen ist, und zugleich darauf hingewiesen, daß die Person des Gesuchstellers und späteren Erlaubnisempfängers (Bauherrn) nur als Erlaubnisempfänger und Subjekt in Frage steht. Diese Feststellung besagt zweierlei. Einmal besagt sie, daß der negative Inhalt einer Bauerlaubnis (Unbedenklichkeitserklärung) die Person des Bauherrn als polizeilich gleichgültig außer acht läßt, weil sie außerhalb des Tatbestandes liegt. Zweitens besagt sie aber, daß die Ausübung des auf irgendeiner privatrechtlichen Grundlage beruhenden Rechtes, seinen Grund und Boden mit Gebäuden zu besetzen (gleich rechtliches Können im Sinne Kormanns), von dem bisherigen Stande tatsächlicher Freiheit aber rechtlicher Unfreiheit nunmehr auch zu dem Stande rechtlicher Freiheit erhoben ist (Ausspruch des Dürfens). Nur diese zweite Erklärung tritt in rechtliche Beziehungen zur Person des Erlaubnisempfängers.

In beiden Fällen ist die Subjektseigenschaft des betreffenden Staatsbürgers klar ersichtlich. Vermittelt wird die Subjektstellung nicht durch

---

[110]) Jener Wortlaut erinnert an den der GewO. vor §§ 16 ff.: „Anlagen, welche usw.“

[111]) Schanz (Nr. 79 d. Verz.) S. 94: „Wenn in einer Bauordnung nur gewisse Erlöschungsgründe wie Zeitablauf usw. statuiert sind, so kommt der Besitzwechsel als Endigung nicht in Frage“!

[112]) Nach Baltz ist die Berliner Bauordnung eine Musterbauordnung als Ergebnis der Verhandlungen der beteiligten Ministerien, des Magistrats, sowie der namhaftesten Baukünstler und baugewerblichen Vereinigungen der Hauptstadt.

in der betreffenden Person liegende Momente polizeilicher Natur, sonder durch deren privatrechtlichen Beziehungen zu dem polizeilichen Objekt Demnach tritt die Person des Bauherrn der Verwaltungsbehörde nich unmittelbar durch sich selbst (Namen usw. persönliche Verhältnisse) ge kennzeichnet gegenüber, sondern mittelbar durch das Können in bezug auf das fragliche Objekt. Eine Person, die als Subjekt nur diese eine Voraussetzung (Können) zu haben braucht, um der Staatsverwaltungs behörde gegenüber als Beherrscher des polizeilich bedeutsamen Lebenskreises legitimiert zu sein, ist eine (sc. „polizeilich") vertretbare Person. Sie ist vertretbar und ersetzbar durch jede andere, die wie sie, im Besitze des gleichen Könnens sich befindet.

Die Frage, wie diese Ersetzung jener vertretbaren Person rechtlich darzustellen ist, beantwortet sich verschieden, je nachdem, ob sich diese Ersetzung auf das „Können" oder das „Dürfen" bezieht.

III. c) 1. Sachbefugnis („Können").

Bei dem „Können" vollzieht sich das An-die-Stelle-treten einer anderen Person an die der polizeilich vertretbaren nach den Vorschriften des Privatrechtes. Es muß aber immerhin irgendeine Person als Subjekt vorhanden sein; denn zu toten Sachen, noch weniger zu einer Gesamtheit von rein wirtschaftlichen Werten, können keine öffentlichrechtlichen Beziehungen entstehen. Abzulehnen ist deshalb die von Walter Jellinek[113] unter Berufung auf Otto von Gierke[114]) dargelegte Ansicht von der Subjektseigenschaft der Grundstücke. Wenn er ausführt: „Wie das Vermögen, so hat auch das Grundstück Verwandtschaft mit einer juristischen Person, die gesetzlich vertreten wird, durch die jeweiligen Eigentümer", so ist dies vom Standpunkt des modernen Rechtes aus unzutreffend. Von diesem deutschrechtlichen Standpunkte aus wäre allerdings unsere Streitfrage mit Leichtigkeit gelöst.

Die Bauerlaubnis wäre einer juristischen Person, dem Grundstück als Sachindividuum, erteilt durch den jeweiligen Eigentümer als deren Stellvertreter. „In der Tat ist die Person des Eigentümers etwas durchaus Gleichgültiges, wenn der Staat mit seinen Anordnungen das Grundstück als solches trifft, etwa mit Rücksicht . . . auf die baulichen Eigenschaften", fährt Walter Jellinek anschließend fort[115]). Letzteren Ausführungen als solchen kann von unserem Standpunkte aus zugestimmt werden. Dies ist aber nicht durch die weithergeholte und außerdem auch

---

[113]) Walter Jellinek (Nr. 44 d. Verz.) I. Kap. § 7 D 6 d 1.

[114]) Otto von Gierke (Nr. 26 d. Verz.) § 6 S. 75: „. . . als Sachindividuum traten die Grundstücke in ihrer konkreten sinnlichen Realität in das Recht."

[115]) § 6 der badischen Verordnung vom 31. 8. 1884; Walter Jellinek (Nr. 44 d. Verz.) S. 152 u. Anm. 116.

unzutreffende Hilfskonstruktion Jellineks, sondern so zu erklären, wie es vorstehend dargelegt ist, daß nämlich zum Tatbestande der Bauerlaubnis die Person nicht gehört. Auch Fleiner[116]) beruft sich auf Walter Jellinek und Otto von Gierke[117]). Nach seiner Ansicht ist das Grundstück aber nur als Objekt des öffentlichrechtlichen Verhältnisses anzusehen, als ein Objekt, welches dieses öffentlichrechtliche Verhältnis mit dem dazu gehörigen Subjekt vermittelt. Dies berechtigte Subjekt wird, wie schon ausgeführt, mittelbar[118]) durch das Können erst bezeichnet. Das ist derselbe Gedankengang, wie er vorstehend von uns dargestellt ist: das Können, das von Rechten zum Grundstück ausgeht, bezeichnet das berechtigte Subjekt.

III. c) 2. Erlaubnisempfänger („Dürfen").

Hinsichtlich des „Dürfens" ist der Personenwechsel zugleich auch mit dem Eintritt des Nachmannes in das „Können" vollzogen. Denn die Person gehört ja nicht zum Tatbestand des materiell rechtskräftigen Staatsaktes, und die Subjektseigenschaft ist durch Erwerb des nötigen Könnens automatisch mit unumgänglicher Rechtsnotwendigkeit erworben[119]). Der materiell rechtskräftige Staatsakt der Bauerlaubnis (d. i. der rechtskräftig festgestellte Anspruch auf Erteilung) wirkt aber für den gleichen Tatbestand unabänderlich fort. Ein Personenwechsel, ein Vorgang, der sich außerhalb des Tatbestandes vollzieht, ist daher auf jenen Staatsakt ohne Einfluß. In seinen Genuß kommt der Erwerber durch Erlangung des gleichen Könnens wie sein Vormann, durch das Privatrecht. Es ist dies ein eigenartiges Beispiel, daß ein Vorgang des Zivilrechts eine Rechtsstellung im öffentlichen Rechte vermittelt. Hieraus sowie aus den früheren Darlegungen folgt somit, daß der Personenwechsel vom Standpunkt des öffentlichen Rechtes aus gleichgültig und überhaupt rechtlich nicht erfaßbar ist.

Dieser so gewonnene Standpunkt ist allerdings bisher noch nicht zu einem allgemein gültigen Satze des öffentlichen Rechtes erhoben. Immerhin kommt er aber doch schon in verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen zum Ausdruck.

---

[116]) Fleiner (Nr. 21 d. Verz.) § 10 I, 2 S. 142 und Anm. 17.
[117]) Otto von Gierke (Nr. 26 d. Verz.) Bd. 1 S. 264, Bd. 2 S. 605.
[118]) Fleiner (Nr. 21 d. Verz.) § 10 I, 2 S. 140.
[119]) Wollte man einen anderen Standpunkt vertreten, so käme man zu den unbefriedigendsten Ergebnissen. Man würde im Falle eines Personen- und gleichzeitigen Wechsels der Baugesetzgebung den angefangenen, aber halbvollendeten Bau unter Umständen nach zwei verschiedenen Rechten beurteilen müssen. Dies hieße aber gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit verstoßen, wenn die Verwaltungsbehörde bei dem einen Bauvorhaben, bei welchem kein Personenwechsel stattfände, nicht einschreiten darf, bei einem anderen dagegen, bei welchem ein solcher gerade stattgefunden, ein neues Genehmigungsverfahren einleiten könnte.

So steht hinsichtlich der Verleihungen (Privilegien, d. h. derjenigen Staatsakte, welche den Machtkreis des Staatsbürgers erweitern[120]), weil sie ihm auch etwas verleihen, was andere Staatsbürger a priori nicht haben: ein Können außer einem Dürfen) der Gesetzgeber auf dem Standpunkte, daß diese, wenn sie einem Staatsbürger nur mit Rücksicht auf ein bestimmtes Unternehmen, aber ohne Rücksicht auf seine Person zuteil geworden sind, auf den Privatrechtsnachfolger in das fragliche Unternehmen übergehen. Dieser Grundsatz kommt in Preußen zunächst bei einem Sondergesetz zum Ausdruck.

An erster Stelle sei hier genannt die Vorschrift des § 81 Abs. 1 Satz 2 Nachsatz des preuß. Wassergesetzes v. 7. 4. 1913 (GesS. S. 53)[121]).

„1. Das Recht kann von dem Unternehmen, für das es verliehen ist, nicht getrennt werden und geht mit ihm auf den Rechtsnachfolger über."

„2. Ist das Recht mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden (§ 46 Abs. 3), so kann es auch von diesem Eigentume nicht getrennt werden und geht nur mit dem Eigentum an dem Grundstück und dem Unternehmen zusammen auf den Rechtsnachfolger über[122])."

Das verliehene Recht ist in seiner Wirkung gegen andere Staatsbürger ein reines Privatrecht[123]) (vgl. § 81 Abs. 1 Satz 1 WasserG.)[124]). Anders dagegen ist das Verhältnis dieses durch die Verleihung erworbenen Rechtes der Verwaltungsbehörde gegenüber[125]). Gemäß § 81 Abs. 1 Satz 2 WG. geht das Unternehmen auf den Rechtsnachfolger über. Dies besagt, daß die Verwaltungsbehörde sich bezüglich eines bestimmten sachlichen Tatbestandes schlüssig gemacht hat und nunmehr infolge der materiellen Rechtskraft an ihren Ausspruch gebunden ist, falls derselbe Tatbestand vorliegt. Es handelt sich nämlich auch hier, was aus den §§ 48, 65, 66, 67, 69 WG. hervorgeht, um ein nur mit sachlich wesentlichen Mitteln betriebenes Unternehmen. Die Person des Gesuchstellers und späteren Erlaubnisempfängers ist polizeilich gleichgültig. Sie ist wie bei der Bauerlaubnis nur das Subjekt des öffentlichrechtlichen Verhältnisses.

Auf dem gleichen Standpunkt steht bezüglich der Verleihung der Art. 39 Satz 1 WG. für Württemberg vom 1. 12. 1900.

---

[120]) Schön (Nr. 81 d. Verz.) § 22 I a S. 264.

[121]) vgl. hierzu Holtz und Kreutz (Nr. 35 d. Verz.).

[122]) Die Gegenüberstellung der Bestimmungen des Abs. 1 und des Abs. 2 des § 81 zeigt zugleich die öffentlichrechtliche und die privatrechtliche Seite dieser Verleihung.

[123]) Holtz und Kreutz (Nr. 35 d. Verz.) § 81 Anm. 59.

[124]) Ist es daher mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden gemäß § 46 Abs. 3 WG., so ist es subjektiv dinglich, d. h. gemäß § 96 BGB. teilt es das rechtliche Geschick des Eigentumes des fraglichen Grundstücks, dies aber infolge seiner Bestandteilseigenschaft.

[125]) Fleiner (Nr. 21 d. Verz.) § 22 II, 3 S. 355 und Anm. 49.

„Das durch die Verleihung begründete Recht geht mit (dem Grundstück oder) der Wasserbenutzungsanlage, für welche es verliehen ist, auf den Rechtsnachfolger über.

Satz (2): „Seine Übertragung auf (ein anderes Grundstück oder) eine andere Wasserbenutzungsanlage setzt eine neue Verleihung voraus.

An dieser Gesetzesvorschrift ist unsere Streitfrage und ihre Lösung mit ganz besonderer Deutlichkeit zu erkennen. Auch hier ist allerdings davon auszugehen, daß es sich, wie bei dem § 81 des preuß. WG., um eine Erweiterung der Machtstellung des Staatsbürgers handelt, um die Verleihung eines ihm bisher fehlenden Könnens[126]). Dieses Können wird verliehen insbesondere für die Benutzung öffentlicher Gewässer mit Triebwerken, Stauanlagen usw. gemäß Art. 31 württ. W.G. Diese sachlichen Mittel des Unternehmens sind auch hier allein das polizeilich Wesentliche, wie aus Art. 31, insbesondere aus Art. 33 württ. WG. hervorgeht, welcher (Art. 33) die §§ 17—22 und insbesondere § 25 GewO. für unmittelbar anwendbar erklärt! Schon diese Verweisung läßt den Charakter des Unternehmens deutlich erkennen. Auch hier hat sich die Verwaltungsbehörde bezüglich eines bestimmten Tatbestandes schlüssig gemacht. Dieser Entschluß ist materiell rechtskräftig geworden. Die Rechtskraft bezieht sich, mögen die außerhalb jenes Tatbestandes befindlichen Personen auch wechseln, nur auf den sachlich gleichbleibenden Tatbestand. Wird das Unternehmen dagegen ein anderes, so hört die Wirkung der Rechtskraft auf, da nunmehr ein neuer Tatbestand vorliegt (vergl. Art. 39 Satz 2, Art. 51 Abs. 4[127]).

Sogar auf dem Gebiete der Bauerlaubnis gibt es gesetzliche Vorschriften, die ihre Weiterwirkung ausdrücklich festsetzen.

Nach § 125 der badischen Landesbauordnung (bad. LBO.)[128]) vom

---

[126]) Nieder (Nr. 66 d. Verz.) S. 236 — 240 Vorbem. zu Art. 31.

[127]) Art. 31: „Außer der Verleihung des Nutzungsrechtes (Abs. 1 — 4) bedarf es zur Herstellung und Änderung der Wasserbenutzungsanlagen . . . der polizeilichen Genehmigung." Aber auch die Genehmigung, d. h. hier der Ausspruch eines Dürfens, ist dem württ. WG. nicht fremd. Gemäß Abs. 6 des Art. 31 württ. WG. bedürfen dieselben Anlagen außer jener Verleihung gemäß Abs. 1 des Art. 31 für die Sonderbenutzung noch der Genehmigung der Herstellung bezw. Änderung. Sollte, nachdem dem A. die Verleihung gemäß Abs. 1 und die polizeilichen Genehmigungen gemäß Abs. 6 des Art. 31 württ. WG. erteilt sind, eine Rechtsnachfolge eintreten, so müßte nach der Ansicht der Gegner einer Weiterwirkung das verliehene Recht übergehen, die Genehmigung jedoch erlöschen. Das württ. WG. hat gemäß Art. 39 diesen Fall mit Recht nicht geregelt.

[128]) Die Heranziehung von verschiedenen außerpreußischen Vorschriften sowie von Vorschriften des Reichsrechtes rechtfertigt die Tatsache, daß es trotz aller landesrechtlichen Einzelregelungen jedenfalls eine wissenschaftliche Einheit, eine deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft gibt. Vgl. hierzu insbesondere die Titel folgender Werke: Hatschek, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes; Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, hier auch § 2 IV S. 21; Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes.

1907 wirkt die einmal erteilte Bauerlaubnis zugunsten jedes Rechts- bzw. Besitznachfolgers ohne weiteres. Nach § 127 Abs. 2 Satz 2 bedarf es nach Erteilung der Baugenehmigung bei einem Wechsel in der Person des Bauherrn nur einer Anzeige an das Bezirksamt. Diese Anzeige und ihr Empfang ist für die Weiterwirkung der Bauerlaubnis nicht entscheidend; denn sie ist rein erklärend für eine Rechtslage, die zuvor bereits eingetreten war. Die Anzeige dient nur der Namhaftmachung des nunmehr polizeilich Verpflichteten [129]), was hinsichtlich von Bedingungen und Auflagen von polizeilicher Bedeutung sein kann. Hierzu bemerkt Roth, der Erläuterer der bad. Landesbauordnung, zutreffend:

> „Wechselt der Bauherr, so wird hierdurch die Wirksamkeit der Baugenehmigung nicht berührt; eine Bauerlaubnis, die dem Vorbesitzer gegeben wurde, bleibt auch dem Rechtsnachfolger gegenüber wirksam. Sie ist zwar der Person des ersteren erteilt aber das polizeilich Wesentliche ist hierbei nicht dieser als Träger besonderer persönlicher Eigenschaften, sondern das Unternehmen, der Bau, der von ihm ausgeführt werden soll; die erteilte Erlaubnis wirkt deshalb ohne weiteres zugunsten dessen, der durch Erwerb des Grundstücks an seine Stelle tritt."

Der gleiche Standpunkt kann auf Grund der württ. Bauordnung eingenommen werden. Nach § 98 Abs. 3 der Vollzugsverfügung zur Bauordnung geht bei Eigentumswechsel die erteilte Baugenehmigung auf den neuen Eigentümer über [130]).

Eine Weiterwirkung hat ferner angeordnet für Sachsen der § 35 der AusfV.O. [131]) des Ministers des Innern vom 9. 1. 1889 zum sächsischen Baugesetz vom 1. 8. 1900.

Nach Schanz [132]) stehen ferner noch außer den Ländern Baden, Württemberg und Sachsen die Länder Hessen und Bayern auf dem Standpunkt einer Weiterwirkung.

Im allgemeinen ist die Verwaltungsübung in Preußen [133]) einer Weiterwirkung nicht günstig. Eine an einen bestimmten Verfügungs-

---

[129]) Roth (Nr. 72 d. Verz.) S. 268 Anm. c.

[130]) Kälber und Möricke (Nr. 13 d. Verz.) Art. 114 Abs. 2 Anm. 4 S. 319 Art. 1 Anm. 2.

[131]) § 35 der AusfVO. des Min. d. Innern lautet: „Treten vor Vollendung des Baues in der Person des Bauherrn . . . Veränderungen ein, so darf der Beginn bezw. die Fortführung des Baues nicht eher erfolgen, als bis der neue Bauherr durch unterschriftliche Vollziehung der Baupläne seinerseits der Baupolizeibehörde gegenüber die Verantwortung übernommen hat. Im übrigen geht die Bauerlaubnis auf den Rechtsnachfolger über." Vgl. hierzu Rumpelt (Nr. 74 d. Verz.) Anm. 3 zu § 155 S. 275.

[132]) Schanz (Nr. 79 d. Verz.) S. 31/32.

[133]) Baltz (Nr. 8 d. Verz.) S. 126. Vgl. jedoch die einzelnstehende Entscheidung des Pr. OVG. Bd. 47 S. 93: „Hiergegen erhob der Restaurateur W., der inzwischen das Grundstück erworben hatte, Klage mit der Begründung, daß die Versagung der Bauerlaubnis für den Seitenflügel gegen § 3 Ziff. 1e der Berliner BaupolO.

empfänger gerichtete Verfügung, und dies sei die Bauerlaubnis, könne über die Person des Verfügungsempfängers hinaus keine Wirkung äußern.

Eines allgemeinen Baugesetzes für das ganze Land Preußen ermangelt es bisher. Der Erlaß von Baupolizeivorschriften ist Aufgabe der Ortspolizeibehörde. Trotz der unzähligen Baupolizeiverordnungen in Preßen kann aber von einer grundsätzlichen Verschiedenheit dieser einzelnen Bauordnungen 17 ALR. sowie in dem § 6 des Polzeigesetzes haben. Mögen auch nicht gesprochen werden, da sie alle ihre Grundlagen in dem § 10 II, die materiellen Vorschriften der bezüglich an den Bau zu stellenden Anforderungen verschieden sein — mit Rücksicht auf die Verhältnisse in Städten, Großstädten, ländlichen Bezirken und ähnlicher Verschiedenheiten —, bezüglich der Person des Bauherrn müßten sie alle übereinstimmen, d. h. sie müssen die Person des Bauherrn übergehen, als polizeilich unwesentlich. Ein ausdrücklicher Ausschluß der Weiterwirkung läßt sich aus den gesetzlichen Bestimmungen in Preußen nicht entnehmen.

Die Breslauer Polizeiverordnung[134]) verlangt im Falle eines Personenwechsels eine Umschreibung des Bauscheines auf den Namen des Rechtsnachfolgers (§ 22 Ziff. 4). Diese Umschreibung hat u. E. aber den Charakter einer Neuerteilung, denn sie ist ein erneuter Staatsakt, der dem Rechtsnachfolger erst das Weiterbauen erlauben soll.

Den entgegengesetzten und unseres Erachtens allein zutreffenden Standpunkt nimmt die Baupolizeiverordnung für die Landgemeinden und Gutsbezirke des Regierungsbezirkes Hildesheim vom 2. 2. 1912 im § 3 Abs. 1 und Abs. 5 ein. Hier ist ausdrücklich eine Weiterwirkung ausgesprochen.

Den gleichen Standpunkt vertritt die Baupolizeiverordnung für die Stadt Emden[135]), ebenso die Baupolizeiverordnung für die Stadt Lüneburg vom 4. 1. 1911.

In allen diesen Fällen ist nur eine Mitteilung des vollzogenen Wechsels an die Behörde vorgeschrieben, die sich hierzu vollkommen passiv verhält. Etwas Weitergehendes kann die Verwaltungsbehörde auch nicht verlangen auf Grund des § 10 II, 17 ALR.

---

verstoße. Der beklagte Polizeipräsident fand gegen Übertragung des Bauscheines von der früheren Grundstückseigentümerin auf den Besitznachfolger, den Kläger W., nichts zu erinnern, beantragte aber die Klage als sachlich unbegründet abzuweisen."

[134]) Schönwälder (Nr. 12 d. Verz.) § 5 Ziff. 4 S. 22.

[135]) § 10 der Baupolizeiverordnung für die Stadt Emden v 21. 9. 1908: „Jeder Wechsel in der Person des Bauherrn ist der Ortspolizeibehörde schriftlich anzuzeigen." § 9 der BauO. der Stadt Harburg v. 1. 11. 1907: „Änderungen in der Person des Bauherrn sind dem Magistrat anzuzeigen." § 2 Ziff. 9b Abs. 2 der BezirkspolVO. v. 13. 1. 1912 betr. ländliche Bauordnung für den Reg.-Bez. Lüneburg: „Jeder Wechsel des Bauherrn ist von dem Bauherrn zur Kenntnis der Ortspolizeibehörde zu bringen. Diese Verpflichtung trifft den bisherigen und den neuen Bauherrn in gleicher Weise." § 7 der Bauordnung für die selbst. Städte des Reg.-Bez. Hannover v. 12. 11. 1900: „Änderungen in der Person des neuen Bauherrn sind der Ortspolizeibehörde anzuzeigen."

Die Anzeige über den Wechsel der Bauherrn dient der Gefahrenabwendung, und damit hat auch die Polizeibehörde ihren Pflichten genügt. Richtig wären aber alle Vorschriften zu den Bauordnungen, welche eine neue Erlaubnis bzw. obrigkeitliche Übertragung der früheren oder des Bauscheines fordern würden, da eine solche Vorschrift wie schon gesagt, von § 10 II, 17 ALR. nicht gedeckt sein würde.

Auch der Reichsgesetzgeber hat in dem schon genannten § 25 Abs. 1 Satz 2 GewO. für die nach den §§ 16 ff. genehmigungspflichtigen Anlagen den Grundsatz der Weiterwirkung ausgesprochen[186]).

Aus dieser gesamten Aufzählung von Gesetzen und Verordnungen verschiedener Länder läßt sich ein oberster Grundsatz für alle gewährenden[187]) Staatsakte ableiten. Dieser oberste Grundsatz läßt sich dahingehend ausdrücken: Alle Akte der Verwaltungsbehörde, die einem Staatsbürger ohne Rücksicht auf dessen persönliche Eigenschaften und Fähigkeiten die rechtliche Möglichkeit gewähren, Handlungen vorzunehmen, welche mit einem sachlich umgrenzten Unternehmen zusammenhängen, wirken über die Personen des Empfängers jener Staatsakte hinaus für alle Rechtsnachfolger des Unternehmens, vorausgesetzt, daß jener Staatsakt in materieller Rechtskraft erwachsen kann und auch erwachsen ist, einerlei ob er ein Dürfen (gleich Erlaubnis) oder ob, ein Können und Dürfen (Verleihung) gewährt.

Wenn es auch der Gesetzgeber unterlassen hat, jenen Grundsatz formell zu einem allgemeinen Rechtssatz zu erheben, so kann er aus seiner Regelung bei den genannten Einzelgebieten abgeleitet werden.

Unterstützt wird diese Ansicht aber auch noch durch die §§ 63—65 der Einleitung des ALR. sowie den historischen Werdegang der Verleihungen. Für die Gebiete der Privilegien (der Verleihung im heutigen Sinne) gelten folgende Bestimmungen in der Einleitung zum ALR.

§ 63. Privilegien, welche einer bestimmten Person verliehen werden, erlöschen mit dem Abgange des Privilegierten.

§ 64. Dagegen gehen (Rechte und) Privilegien, welche der Sache „ankleben", auf einen jeden Besitzer über, insofern die Gesetze oder die Verleihungsurkunden nicht ausdrücklich ein anderes besagen.

§ 65. Ist das Privilegium (oder Recht) auf die Person in Verbindung mit der Sache gerichtet, so erlischt dasselbe durch die Trennung des Besitzers und der Sache.

Diese das Landesrecht betreffenden Vorschriften haben auch heute noch Geltung[188]). Ihre Bedeutung für die Zeit unseres jetzigen Rechtsstaates

[186]) Vr. OVG. in Baupol. Mitt. (Nr. 14 d. Verz.) Bd. 11, 1924, S. 11: „. . . Die grundsätzliche Unwiderruflichkeit einer gewerblichen Konzession, mit der eine gewisse Verwandtschaft besteht, beruht auf positiver Gesetzesvorschrift; eine Bauerlaubnis ist dagegen nicht grundsätzlich unwiderruflich . . ."

[187]) Hierunter fallen alle Ansprüche, welche ein „Dürfen" oder ein „Können-Dürfen" aussprechen, also die Erlaubniserteilungen und die Verleihungen, vgl. hierzu Schoen (Nr. 81 d. Verz.) § 22 Ia.

[188]) Hatschek (Nr. 31 d. Verz.) § 22 I, 3 S. 136 37.

ist aber aus dem reinen Wortsinne keineswegs zu erklären; denn der Schöpfer jener Vorschriften war, der Gesetzgeber des sogenannten Polizeistaates, in welchem der Untertan der schrankenlosen Staatsgewalt gegenüber grundsätzlich unfrei war und zwar auf allen Gebieten. Durch Privilegien konnte sich der Untertan gewisse rechtliche Freiheiten erwerben, deren Schutz durch den § 70 der Einleitung des ALR. gewährleistet wurde. Außer den Privilegien kannte aber der Polizeistaat keine anderen polizeilichen Aussprüche. Infolgedessen umfaßte seinerzeit das Privileg auch alle diejenigen Fälle, die heute von der Polizeierlaubnis erfaßt werden, die aber jetzt scharf von der Verleihung zu trennen ist[139]). Im Polizeistaat leitete der Untertan auch sein „Können" von Aussprüchen der Staatsgewalt ab. Jetzt ist für ihn der Besitz der natürlichen Handlungsfreiheit eine selbstverständliche Eigenschaft. Das Institut der Verleihung bleibt daher jetzt nur für solche Fälle, in denen das Können dem Staatsbürger nicht a priori innewohnt. Die Gesetzgebung des Rechtsstaates hat es indes unterlassen, der historischen Entwicklung folgend, ihr durch Änderung der Vorschriften Rechnung zu tragen. In Einzelfällen hat sie sich mit Einzelvorschriften wie den früher genannten begnügt.

Die das gesamte Gebiet menschlichen Könnens und Dürfens früher umfassenden Vorschriften der Einleitung zum ALR. bleiben für das Gebiet der Verleihung auch heute noch unmittelbar anwendbares Recht. Für das abgesonderte der Bauerlaubnis dagegen bleiben jene Vorschriften immerhin entsprechend anwendbar, soweit keine Entfremdung des neuen Instituts eingetreten ist. Dies folgt unseres Erachtens aus der geschilderten historischen Entwicklung und der später d. h. nach Erlaß der §§ 63—65 ALR. vorgenommenen Scheidung der Polizeierlaubnis von den Privilegien.

Nach der Darstellung der Bauerlaubnis als einer Erlaubnis hinsichtlich eines mit sachlichen Mitteln betriebenen Unternehmens kommt somit eine entsprechende Anwendung des § 64 der Einleitung zum ALR. zur Anwendung: „Privilegien, welche der Sache ankleben, gehen . . . über." Ein anderes Ergebnis ist auch gar nicht möglich, wenn man sich an dieser Stelle erinnert, daß nach unserer oben näher dargelegten Ansicht die Bauerlaubnis eine Befreiung von Vorschriften des Baurechts im objektiven Sinne ist. Es gilt somit für dieses Bauvorhaben etwas anderes als gewöhnlich. Es ist nicht zu weit gegangen, hier von einem „Sonderrecht" zu sprechen (s. oben zulässige „Rechtsungleichheit"). Dieses Sonderrecht gilt, wie soeben dargestellt, für einen bestimmten Tatbestand und für dessen Dauer. Zum Tatbestand gehört aber nur ein auf ein bestimmtes Baugrundstück bezügliches Bauvorhaben. Also gilt jenes Sonderrecht für einen räumlich abgegrenzten Bezirk hinsichtlich der Ausübung des Könnens. Es liegt hier ein Vergleich mit dem stets für jeden Ortspolizeibezirk verschiedenen Polizeirecht nahe; für jede Bauparzelle gilt ein Sonderrecht, verschieden von dem der anderen. Dies Bauparzellenrecht im objektiven Sinne wird erzeugt durch einen Ausspruch der Verwaltungs-

behörde auf Grund eines besonderen dazu ermächtigenden Vorbehaltes, indem das verdeckende Verbotsgesetz in einer Weise für den Einzelfall aufgehoben wird, die es selbst in seinem Gewährungsvorbehalte durch Rechtsgeschäfte (nicht Rechtssetzung) zuläßt. Der Gegenstand der Regelung jenes von uns sogenannten Bauparzellenrechts ist ein Baugrundstück, richtiger der Inhalt und die Schranken des Eigentumes jenes Baugrundstücks. Ist also einmal das Eigentum durch eine Bauerlaubnis in gewisser Richtung hin erweitert worden (Elastizität des Eigentums), so erwirbt ein jeder Rechtsnachfolger das Baugrundstück mit dem so erweiterten Eigentumsrechte; denn der Bestand jenes Sonderrechtes wird von der Person des sogenannten Rechtsnachfolgers nicht berührt, weil sie nicht zum „Tatbestande" gehört. Wenn man hieran anknüpfend an Stelle der vorstehend schon genannten Worte des § 64 der Einleitung des ALR.: „Privilegien, welche der Sache ankleben,. . . gehen über" setzt: „Erlaubniserteilungen, welche sich nur auf eine Sache beziehen und deren bisheriges objektives Recht ändern, wirken fort . . .", so ergibt sich der dargestellte Gedankengang ohne weiteres.

Fleiner, der sich auch mit der Darstellung unserer Streitfrage befaßt[139]), spricht hier vom „Schein" einer öffentlichen Rechtsnachfolge, ohne allerdings eine Erklärung zu geben. Er bespricht diese Erscheinung, die Weiterwirkung, bei den verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnissen und deren Subjekten. „Ein Wechsel in der Person kommt einer Änderung des Rechtsverhältnisses gleich. Es findet im allgemeinen weder eine Gesamt- noch eine Sondernachfolge in Rechte und Pflichten statt." Er macht sodann eine Ausnahme bei denjenigen öffentlichen Rechtsverhältnissen, bei denen der jeweils Berechtigte oder Verpflichtete mittelbar erst durch den Besitz eines bestimmten Grundstücks bezeichnet würde. Nahe verwandt damit sei die Erscheinung der Weiterwirkung. Von einem besonderen Rechtsverhältnis kann hinsichtlich unserer Streitfrage wohl kaum gesprochen werden, außer daß der Baulustige aus allgemeinen Grundsätzen jenen oben besprochenen Prüfungs- und Erteilungsanspruch hat.

Mangels eines bestimmten Rechtsverhältnisses kann die Erscheinung der Weiterwirkung einer Bauerlaubnis auch nicht verglichen werden etwa mit den Patronats-, Kirchenstuhls- und Erbbegräbnisrechten. Letztere sind wirkliche Rechte des öffentlichen Rechtes, die mit dem Eigentum am Grundstücke verbunden sind (§ 96 BGB.) und die demgemäß auf den Rechtsnachfolger nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes übergehen. Wie schon gesagt, erhält der Bauherr durch eine Bauerlaubnis keine Rechte, auch wird kein besonderes Rechtsverhältnis begründet, sondern es wird durch einen materiell rechtskräftigen Staatsakt das objektive Recht geändert.

---

[139]) Fleiner (Nr. 21 d. Verz.) § 10 I, 2 S. 140, auch S. 141/42.

III. d) Die Person des Rechtsnachfolgers.

Zugleich mit dem Dürfen, d. h. dem positiven Teile des rechtskräftigen Staatsaktes der Bauerlaubnis erhält der Nachfolger im Können auch jenen negativen Unterlassungsanspruch gegen den Staat, der ihm überhaupt erst den dauernden Genuß der Bauerlaubnis sichert. Diesen Anspruch erhält er aus seinem allgemeinen Verhältnisse zum Staate. Nach dem Grundsatze einer gesetzmäßigen Verwaltung darf der Staat seinen rechtskräftigen Staatsakt nicht mehr abändern. Da also kein Rechtsübergang stattfindet, entsteht in der Person des Nachmannes dieser negative Unterlassungsanspruch stets „originär“ [139]). Dieser Vorgang ist die von uns sogen. „Weiterwirkung“. Diesem Ausdruck soll hier vor dem von Otto Mayer verwandten Begriff der „Nachwirkung“ der Vorzug gegeben werden [140]).

IV. Die Rechtsnachfolge.

Mit den Rechten seines Vormannes, insbesondere jenem negativen Unterlassungsanspruch ausgerüstet, tritt der Rechtsnachfolger der Verwaltungsbehörde gegenüber auf.

Er braucht infolge der Weiterwirkung keine Bausperre und keine Bestrafungen aus § 367 Ziff. 15 StGB. zu fürchten; er baut ja nicht ohne Genehmigung. Die Gerichte — Straf- und Verwaltungsgerichte — werden daher stets bei dem Falle der Rechtsnachfolge zu prüfen haben, ob eine Weiterwirkung vorliegt oder nicht.

IV. a) Der Rechtsnachfolger im Privatrecht und seine Stellung im öffentlichen Recht.

Dies gilt aber nur unter der Voraussetzung, daß die Bauerlaubnis bereits wirksam geworden ist. Die Wirksamkeit beginnt aber nicht schon mit ihrer Eröffnung an den Gesuchsteller, sondern erst mit dem Zeitpunkt, in welchem der Gesuchsteller von ihr Gebrauch [141]) macht, d. h. sein rechtlich freies Können durch Baubeginn betätigt.

---

[140]) Bei einer Rechtsnachfolge wird ein Rechtsobjekt von der einen zu der anderen Person verschoben. Bei der Weiterwirkung dagegen findet eine Verschiebung der Personen bei Ruhelage des Objektes statt. Da die Weiterwirkung nach außen allerdings den Anschein einer Rechtsnachfolge haben könnte, so finden sich häufig auch Abmachungen der Parteien bei Veräußerungen oder Verpachtungen von konzessionierten Unternehmen darüber, daß die Konzession oder Erlaubnis auf den Nachfolger übergehen soll.

[141]) Kormann (Nr. 52 d. Verz.) § 18 S. 145/46; Bühler (Nr. 19 d. Verz.); Baltz (Nr. 8 d. Verz.) II. Teil IX, 2 S. 144; Pr. OVG. in Baupol. Mitt. (Nr. 14 d. Verz.): „... Zurücknahme der Bauerlaubnis nach Beginn der Bauausführungen unzulässig (bei Ermessensirrtum; auch spätere polizeiliche Auflagen ... unzulässig, E. v. 12. 1. 1904).“

IV. a) 1. Nach Erteilung, jedoch vor Baubeginn.

Diese Eigentümlichkeit der Bauerlaubnis wie auch andere Erlaubniserteilungen ihrer Art steht aber keineswegs im Gegensatz zu dem, was oben über die materielle Rechtskraft und den damit gegebenen Zusammenhang mit dem rechtskräftigen Urteil sowie die Abänderung objektiven Rechtes gesagt ist. Ein Urteil wird allerdings schon durch seine Verkündung wirksam. Damit soll für die Bauerlaubnis und die ihr nahestehenden anderen Erlaubniserteilungen aber nicht gesagt sein, daß ihre Eröffnung — Zustellung des Bauscheines u. ä. — als solche bedeutungslos wäre. Durch die Eröffnung ist, wie beim Urteil, der subjektiv öffentliche Rechtsanspruch, hier der Erteilungsanspruch, befriedigt worden. Während aber beim Urteil durch die Verkündung bezw. den Ablauf der Rechtsmittelfrist ohne eigenes Zutun der Beteiligten die formelle und materielle Rechtskraft ohne weiteres eintritt, bedarf es bei den in Frage stehenden Erlaubniserteilungen noch eines weiteren Verhaltens der Erlaubnisempfänger: des Gebrauchmachens von der Erlaubnis.

Dies erklärt sich hier nicht anders als aus der Eigenart der Verhältnisse und muß als Bestimmung des positiven Rechtes hingenommen werden. Rechtspolitisch kann für diese Bestimmung, die übrigens in Preußen ungeschriebenes Recht ist (Verwaltungsübung und Rechtsprechung[142]), vor allem der Umstand angeführt werden, daß eine Bau- und ähnliche Erlaubnis nur realen[143]) und keinen imaginären Zwecken dienen soll. Es soll verhütet werden, daß ein Grundstück wegen einer für ein „Luftschloß" (s. oben S. 10) erteilten Bauerlaubnis eine ungebührende Wertsteigerung erfährt, und daß mit der Bauerlaubnis Handel getrieben wird[144]). Ist aber einmal ernsthaft[145]) mit dem Bau begonnen, so ist ein wirtschaftliches Unternehmen in den Kreis des Wahrnehmbaren getreten. Hinter dessen wirtschaftlichen Wert muß das Staatsinteresse infolge der materiellen Rechtskraft zurücktreten. Tritt also nach der Erlaubniserteilung, aber vor dem Baubeginn eine Rechtsnachfolge in das Eigentum oder sonstige Recht ein, so kann dem Rechtsnachfolger die für den Vorgänger erteilte Erlaubnis nicht zugute kommen[146]). Denn wie soeben ausgeführt, kann eine Weiterwirkung nur nach Eintritt der materiellen Rechtskraft Anwendung finden. Vor Baubeginn mangelt es aber an dieser, womit die Weiterwirkung ohne weiteres entfällt. In diesem Falle ist also der

---

[142]) Baltz a. a. O. S. 143/44.

[143]) Ackermann (Nr. 1 d. Verz.) § 21 S. 134.

[144]) So durch spekulationstüchtige Terraingesellschaften, die in großem Maßstabe Ländereien erwerben, aufteilen und mit Bauerlaubnis fix und fertig an den Mann bringen wollen.

[145]) Wann dies vorliegt, ist durch die Bauordnung geregelt; vgl. Baltz a. a. O. S. 343/44.

[146]) Vor Baubeginn persönlich-sachlicher Charakter der Bauerlaubnis entsprechend der Ansiedlungsgenehmigung, vgl. Schanz (Nr. 79 d. Verz.) S. 31/32.

Personenwechsel rechtlich bedeutsam, woraus folgt, daß gegen den Nachfolger die allgemeinen Verbotsgesetze wirken; sein Können wird in diesem Falle nicht mit einem Dürfen ausgestattet.

Eine weitere nach den vorbenannten selbstverständliche Folgerung dieses Zustandes ist es, daß die Bauerlaubnis vor dem Baubeginn infolge äußerer Umstände, so auch Änderung der Baugesetze, der Anschauung über Baumethoden u. ä., ohne Entschädigung zurückgenommen werden kann[147]). Als das Mindere können in diesem Stadium der Bauerlaubnis erforderlichenfalls einschränkende Nebenbestimmungen nachträglich hinzugefügt werden.

IV. a) 2. Nach Baubeginn.

Nach dem Baubeginn kann aber eine Zurücknahme oder etwa eine Einschränkung infolge der materiellen Rechtskraft, wie schon oft gesagt, nicht mehr erfolgen[148]).

Nach dem vorstehend Gesagten ist durch den Baubeginn die letzte Voraussetzung für eine materielle Rechtskraft und Weiterwirkung gegeben und — da die Person nach der gegebenen Darstellung nicht zum Tatbestand gehört — ein Personenwechsel ohne jede Bedeutung.

Wie ist nun die Rechtslage, wenn der Rechtsnachfolger vor der Eintragung des Eigentumswechsels in das Grundbuch als tatsächlicher Besitzer des Grundstücks nach den genehmigten Bauplänen des zurzeit noch eingetragenen Eigentümers zu bauen anfängt und nach der Eintragung damit fortfährt? Diese Frage beantwortet sich daraus, wer der Baupolizeibehörde gegenüber als Bauherr anzusehen ist. Herr des Baues ist derjenige, welcher die ganze Bautätigkeit rechtlich beherrscht, d. h. über Anfang, Art und Weise sowie Beendigung des Bauens zu befinden hat, abgesehen von der rein technischen Leitung des Bauwerks[149]). Dies braucht keineswegs nur der Eigentümer zu sein, sondern kann ein Besitzer wie der Mieter, Pächter, Nießbraucher oder sonstige Berechtigte aus einer Grunddienstbarkeit sein. Baut also bei unserer Frage der künftige Eigentümer für . . . d. h. unter

---

[147]) Sächs. OVG. im Jahrbuch (Nr. 39 d. Verz.) Bd. 3, 1903, S. 48: „. . . Eine Zurücknahme einer (in gültiger Weise erteilten) Baugenehmigung ist aber nach § 157 Allgem. Baugesetz in Übereinstimmung mit den seitherigen Anschauungen in der Wissenschaft und Praxis (vgl. O. Mayer, Dtsch. VerwR. Bd. 2 S. 294 ff. und Fischers Zeitschr. Bd. 19 S. 212) an zwei Voraussetzungen, Nichtbeginn des genehmigten Baues und überwiegende Gründe des öffentlichen Wohles, dergestalt geknüpft, daß gleichzeitig etwaige andere Gründe oder das freie Ermessen der Verwaltungsbehörde für die Frage der Zurücknahme ausgeschlossen werden." Dasselbe ebendort Bd. 6, 1905, S 179; Bd. 5, 1905, S. 153; Hatschek (Nr. 31 d. Verz.) § 32 I, 2 S. 244.

[148]) vgl. Anm. 141 S. 39; Sächs. OVG. in Baupol. Mitt. (Nr. 14 d. Verz.) Bd. 1, 1904, S. 91; Pr. OVG. ebendort Bd. 3, 1906, S. 140; Sächs. OVG. ebendort (Jahrb. Bd. 8 S. 122) S. 195.

[149]) Baltz a. a. O. S. 28 Anm. 12.

der Herrschaft des eingetragenen Eigentümers und nach dem Eigentumsübergang für sich fort, so liegt ein von der Weiterwirkung betroffener Wechsel in der Person des Bauherrn vor. Entscheidend ist also nur ein Wechsel des Inhabers des polizeilich bedeutsamen Lebensverhältnisses, dessen Zulässigkeit durch den Baubeginn des Erlaubnisempfängers „bedingt" ist. Diese Bedingung ist aber nicht als eine besondere zu der Bauerlaubnis gehörige Nebenbestimmung anzusehen, sondern ist lediglich eine sogenannte Rechtsbedingung (conditio juris)[150]; denn die Wirkung dieser Rechtsbedingung ist nicht von einem rechtsgeschäftlichen Willen, sondern von einer positiven Vorschrift des materiellen Rechtes[151]) abhängig, ohne daß es einer Hinzufügung dieser Bedingung ausdrücklich bedürfte.

IV. b. Die Nebenbestimmungen.

Im Gegensatz hierzu stehen aber die echten Nebenbestimmungen, von denen die Wirksamkeit der Bauerlaubnis abhängen soll. Durch diese Nebenbestimmungen — echte Bedingungen und Auflagen, Befristungen, Widerrufsvorbehalte — wird der Erlaubnisempfänger beschwert.

Es ist nunmehr noch die wichtige Frage zu erörtern, ob auch diese Beschwerungen infolge der Weiterwirkung der Bauerlaubnis selbst die Person des Nachmannes treffen. Diese Frage kann aber nur aus der Art und dem Wesen der einzelnen Nebenbestimmungen sowie ihrer Stellung zu der Bauerlaubnis beantwortet werden. Diese Erörterung ist umso wichtiger, da auch auf dem Gebiete der Nebenbestimmungen in der Wissenschaft keineswegs Einmütigkeit herrscht und ein fester Boden durch sie noch nicht bereitet ist.

Ausgangspunkt für die Betrachtung ist wiederum die Stellung des Gesuchstellers zu der Bauerlaubnis und den sie beschwerenden Nebenbestimmungen.

IV. b) 1. Die Arten der Nebenbestimmungen.

Den Hauptraum unter den sogenannten Nebenbestimmungen nehmen, wie bei Erlaubniserteilungen überhaupt, so auch bei der Bauerlaubnis „die Bedingungen"[152]) und bei diesen die echten Bedingungen ein.

IV. b) 1. aa) Echte Bedingungen.

Die fälschlich sogen. unechten Bedingungen (Auflagen) scheiden bei dieser Betrachtung zunächst aus; denn sie machen im Gegensatz zur echten

---

[150]) Kormann (Nr. 52 d. Verz.) § 18 S. 145/46.

[151]) Staudinger (Nr. 85 d. Verz.) Vorbem. § 157 S. 589; Rudorff (Nr. 73 d. Verz.) C S. 30.

[152]) Daß die Bauerlaubnis überhaupt mit Bedingungen beschwert werden kann, liegt in ihrer Eigenart als echter Erlaubnis, wie es oben S. 5 dargelegt ist; vgl. auch Rudorff a. a. O. S. 31.

Bedingung keinen rechtlichen Bestand der Bauerlaubnis aus, sondern sind dieser nur äußerlich[153]) hinzugefügt.

Die echten Bedingungen des öffentlichen Rechtes sind insoweit wesensverwandt mit den Bedingungen des bürgerlichen Rechtes (§ 159 ff. BGB.), als beide Bestandteile des Rechtsgeschäftes[154]) sind.

Ausscheiden müssen ferner und zwar aus dem gesamten Gebiete der Bedingungen — der echten wie der unechten — von vornherein die gesetzlichen Bedingungen (Rechtsbedingung — conditio juris) und die gesetzlichen Auflagen (modi juris). Wie schon anläßlich der Frage nach dem Zeitpunkte der Wirksamkeit der Bauerlaubnis an anderer Stelle (S. 42) dargelegt, ist der Baubeginn die Erfüllung einer jeder Bauerlaubnis innewohnenden Rechtsbedingung.

Keinesfalls können aber, wie es Rudorff will, auch solche Baubedingungen, deren Beifügung der Ausfluß zwingender Normen, deren Einfügung also notwendig ist[155]), als Rechtsbedingung bezeichnet werden; denn in den Fällen, in welchen die Beifügung von Bedingungen zwecks Herbeiführung eines bestimmten Rechtserfolges notwendiges Mittel ist muß doch immer noch die Äußerung eines bestimmten Willens der Verwaltung erfolgen, um überhaupt erst die gewollten Rechtswirkungen hervorzurufen. Dagegen trifft, wie soeben gesagt, bei den Rechtsbedingungen schon ohne deren wörtliche Hinzufügung der vorgestellte Rechtserfolg kraft Gesetzes ein.

Im Hinblick auf den oben des näheren erörterten subjektiv-öffentlichen Erteilungsanspruch erscheint an sich die Hinzufügung von Nebenbestimmungen überhaupt unzulässig zu sein. Dies ist richtig, denn auf diesen Erteilungsanspruch muß die Verwaltungsbehörde im Falle der Erfüllung aller Voraussetzungen den erbetenen Ausspruch „unbedingt" abgeben. Liegt aber der Fall vor, daß dem Gesuche Vorschriften des zwingenden Baurechtes entgegenstehen, daß also das Gesuch solchen Vorschriften widerstreitet, so ist ein Anspruch zur Erteilung nicht gegeben und die Verwaltungsbehörde könnte[156]) (nicht müßte[156])) das Gesuch einfach ablehnen. Da diese Ablehnung aber kein Zwang ist, so steht es ihr auch frei, durch Hinzufügung von Bedingungen einem an sich ablehnbaren Antrage die gesetzlich zulässige Richtung zu geben. Dieser Standpunkt ist von Rechtsprechung und Wissenschaft durchweg anerkannt[157]). Er ist von Otto Mayer[158]) dahin gefaßt: „Nebenbestimmungen sind nur möglich, soweit der Behörde Spiel-

---

[153]) Derselbe a. a. O. S. 60; Kormann (Nr. 52 d. Verz.) § 18 I, 6 S. 137.

[154]) Kormann (Nr. 52 d. Verz.) § 18 I, 1 S. 136.

[155]) Rudorff a. a. O. C S. 30 u. 32, sowie Anm. 2 u. 3.

[156]) Keinesfalls kann in diesem Falle der Gesuchsteller etwa verlangen, daß statt Versagung ihm wenigstens die erbetene Bauerlaubnis unter Bedingungen erteilt werde; denn eine öffentlichrechtliche Wahlschuld mit Wahlrecht auf seiten des Gesuchstellers liegt nicht vor; vgl. Rudorff a. a. O. C I, 5 S. 45, aber C I S. 37.

[157]) Kormann (Nr. 52 d. Verz.) § 19 I, 1 S. 150.

[158]) Otto Mayer (Nr. 63 d. Verz.) Lehrb. 1. Aufl., 1896, Bd. 1 S. 296.

raum dafür gelassen ist, also jedenfalls nicht, wo schlechthin ein Recht auf die Erlaubniserteilung besteht." Auf dem Gebiete des Baurechts ist dieser Grundsatz allerdings vom Gesetzgeber nirgends ausdrücklich festgelegt. Er findet sich aber z. B. im Reichs-Rayongesetz [157]), dessen § 28 Abs. 1 Satz 2 sagt:

> „insoweit nach Maßgabe dieses Gesetzes die Genehmigung nicht zu versagen ist, darf dieselbe auch nicht an Bedingungen geknüpft werden".

Hieraus folgt, daß solche Erlaubniserteilungen, wie die Bauerlaubnis, an sich bedingungsfeindlich, d. h. sogenannte actus legitimi sind (gleich unfreier Verwaltungsakt [158])). Dies entspricht dem oben entwickelten Standpunkte von der Natur der Bauerlaubnis als einer urteilsverwandten Feststellung.

Im bürgerlichen Recht steht die Hinzufügung von Bedingungen stets im freiesten Ermessen der Beteiligten. Dagegen gibt es im öffentlichen Recht Fälle, die eine Hinzufügung von Bedingungen unumgänglich machen. Rudorff sagt: unterläßt (oder unternimmt) es hier eine Behörde an einer Stelle, wo sie ihr pflichtmäßiges Ermessen muß walten lassen, unter Verstoß gegen diese ihre Pflicht keine Baubedingung zu setzen, so handelt sie nicht nur pflichtwidrig, sondern unter Umständen sogar rechtswidrig [160]). Wenn auch in diesen Fällen die Hinzufügung von Bedingungen Zwang ist, kann mit Rudorff keineswegs von Rechtsbedingungen im technischen Sinne gesprochen werden.

A. b) 1. aa) I. Bedingungen im weiteren Sinne: „Maßgaben".

Bei den echten Bedingungen, die oben als wesentlich notwendige Bestandteile [161]) der Bauerlaubnis bezeichnet sind, stehen sich als Unterarten die Bedingungen im weiteren Sinne oder „Maßgaben", wie sie Rudorff [162]) nennt, und die Bedingungen im engeren Sinne gegenüber. Nur letztere entsprechen im großen und ganzen dem, was im bürgerlichen Recht (§§ 158 ff. BGB.) unter Bedingungen verstanden wird, d. h. sie machen den Beginn bezw. das Ende der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes vom Eintritt eines bestimmten Ereignisses abhängig.

Die Maßgaben sind dagegen eine Besonderheit des öffentlichen Rechtes, die Rudorff zutreffend dargestellt hat im Gegensatz zu anderen Schriftstellern, die an der Einteilung der Bedingungen, wie sie im bürgerlichen Recht üblich sind, festgehalten haben. Sie — die Maßgaben — beziehen sich nicht auf die Wirksamkeit der Bauerlaubnis, sondern auf den Antrag des Baulustigen und bedeuten eine Einschränkung des gestellten

---

[159]) Kormann (Nr. 52 d. Verz.) § 19 II, 1 S. 154/55.
[160]) Rudorff a. a. O. C S. 31.
[161]) Derselbe a. a. O. C II, 3.
[162]) Derselbe ebendort S. 29/30.

Antrages[163]). Es wird im Falle der Bauerlaubnis unter Maßgaben festgestellt, daß ein anderes Bauvorhaben polizeimäßig sei und ein ähnlicher Anspruch auf Erteilung bestehe. Hierin liegt ein doppeltes, was von Rudorff wohl im wesentlichen zutreffend dargestellt ist: nämlich einmal eine teilweise (keine völlige) Versagung[164]) des gestellten Antrages (negativer Teil) und ferner eine Bewilligung für ein verändertes Bauvorhaben (positiver Teil).

Daß auch der Gesetzgeber offenbar der Ansicht ist, daß eine Erlaubnis unter Bedingungen eine teilweise Versagung[165]) darstellt, kann übrigens aus der Nebeneinanderstellung der Versagung mit der Erteilung unter Bedingungen in einigen Gesetzen entnommen werden. So sagt der § 155 des alten Zuständigkeitsgesetzes vom 26. 7. 1876 (GesS. S. 297):

> „Der Kreisausschuß ... entscheidet auf Klagen gegen Verfügungen usw., durch welche ein Baukonsens versagt oder nur unter Bedingungen erteilt ist oder usw."
>
> „Ebenso der § 18 der Reichs-GewO. Satz 4 Nachsatz ... er — der Bescheid — muß mit Gründen versehen sein, wenn die Genehmigung versagt, oder nur unter Bedingungen erteilt wird."

Auch der Wortlaut des § 71 preuß. WG. v. 7. 4. 1913 bringt dies zum Ausdruck:

> „Er — der Beschluß — muß mit Gründen versehen sein, wenn die Verleihung nicht dem Antrage gemäß ... erteilt wird."

Soweit dem versagten Teile eines Antrages durch eine Maßgabe eine andere Richtung gegeben wird, mag sich nun allerdings die Frage erheben, ob hierin insoweit nur ein (unverbindlicher, wegen der Gebühren[166])) Vorschlag der Baupolizeibehörde zu erblicken ist, oder ob etwa auch die Maßgaben und Veränderungen durch den ursprünglichen Antrag gedeckt werden. Rudorff[167]) erörtert beide Möglichkeiten und kommt zu dem Schluß, daß der eingereichte durch Maßgaben geänderte

---

[163]) Beispielsweise: Die Bauerlaubnis für den Hausbau wird erteilt, jedoch mit der Maßgabe (fälschlich: unter der Bedingung), daß die Zimmer des Oberstockes nicht zu Wohn- und Schlafzimmern ausgebaut werden, insbesondere keine Öfen usw. dort aufgestellt werden dürfen.

[164]) Zu teilweise „Versagung": Diese Rechtslage hat, wie Rudorff S. 31—36 zutreffend darstellt, eine gewisse Übereinstimmung mit der des § 150 Abs. 2 BGB. Dort gilt eine Annahme unter Abänderungen als völlige Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrage; auf unserem Gebiete müßte dem folgend eine Bauerlaubnis unter Maßgaben an sich als Ablehnung des ganzen Antrages und als Vorschlag eines neuen Planes gelten. Wenn man die Maßgabe aber als eine Gestaltungserklärung auffaßt, kann jener Gesichtspunkt des § 150 Abs. 2 BGB. hier nicht gelten.

[165]) § 18 des Ges. betr. die Gründung neuer Ansiedlungen v. 10. 8. 1904: „Wird die Ansiedlungsgenehmigung versagt oder nicht schlechthin erteilt, ... so ist der Bescheid mit Gründen zu versehen."

[166]) § 6 Abs. 1 Satz 1 des preuß. Komm.-Abgabengesetzes.

[167]) Rudorff a. a. O. CI, 2a S. 34 und Anm. 1.

Plan die unter diesen Maßgaben erteilte Erlaubnis deckt[168]). Seine hierfür gegebene Erklärung ist aber nicht ganz befriedigend. Erklären kann man diesen Vorgang nur, indem man den Maßgaben, die den Bauantrag verändern, eine rechtsgestaltende Kraft beimißt. Durch diese Gestaltungserklärung wird dem Antrage derjenige Inhalt gegeben, den er bei Einreichung hätte aufweisen müssen, um als polizeimäßig anerkannt zu werden. Durch die Maßgabe ist demnach der durch sie versagte Teil eines Bauantrages zugleich wiederum so ersetzt, wie der Bauantrag von Anfang an seitens des Gesuchstellers hätte abgefaßt werden müssen, um ohne weiteres genehmigt werden zu können. Es kann aber unterstellt werden, daß der Gesuchsteller bei Kenntnis des materiellen Baurechts seinen Bauantrag diesem angepaßt hätte (hypothetischer und konstruktiver Wille); somit kommt es nicht auf seine nachträgliche Zustimmung zu diesen Veränderungen an, wie es auch Rudorff[169]) mit Recht, aber anderer Begründung annimmt.

Diese Duldungspflicht des Antragstellers, von Amts wegen in seinem Antrage verbessert zu werden, hat naturgemäß seine Grenze. Keineswegs kann ihm nämlich eine Erlaubnis für etwas ganz anderes, als er beantragt hatte (vgl. § 308 Abs. 1 ZPO.), aufgenötigt und er außerdem zur Gebührenentrichtung herangezogen werden[170]). Immer muß in der erteilten Erlaubnis der ursprüngliche Antrag noch erkennbar und Hauptinhalt der Erlaubnis sein[171]).

Trotzdem Bauerlaubnis und Maßgaben (auch Bedingungen) zu einem einheitlichen Verwaltungsakte gehören, können die Maßgaben selbständig[172]) angefochten werden. Dies erklärt sich daraus, daß lediglich jene Gestaltungserklärung den Antragsteller beschwert. Entsprechend den Gesichtspunkten des Zivilprozesses kann hier der Staatsakt nur insoweit an-

---

[168]) Rudorff a. a. O. CI, 2ac S. 36.

[169]) Derselbe ebendort CI, 2b S. 36.

[170]) vgl. § 6 Abs. 1 Satz 1 des preuß. Komm.-AbgGes. v. 14. 7. 1893: Die Gemeinden können für die Genehmigung Gebühren erheben. Hierzu führt das Pr. OVG. Bd. 32 S. 95 aus: „Ist aber das Gegenteil klar, will der Antragsteller auf den Bau verzichten, so kann der Gebührentarif ihm gegenüber nicht zur Anwendung kommen, wenn der beantragte Bau nicht genehmigt und der genehmigte Bau gar nicht beantragt war." Rudorff a. a. O. S. 42 und Anm. 1 will durch Antragszurücknahme die Gebührenschuld erlöschen lassen. Diese Ansicht ist unzutreffend, wie ein Hinweis auf Klagzurücknahme nach der Urteilsfällung beweist.

[171]) Zur vollen Wirksamkeit eines durch Nebenbestimmungen völlig umgeänderten Bauantrages und einer solchen Bauerlaubnis bedarf es dann allerdings der nachträglichen Zustimmung des Antragstellers; denn eine derartige Erlaubnis ist nur als Vorschlag aufzufassen, der zu einer Gebührenpflicht keinen hinreichenden Rechtstitel abgeben würde. Vgl. Pr. OVG. Bd. 32 S. 95; vgl. Anm. 170.

[172]) Rudorff a. a. O. CI, 3 S. 40—43.

gefochten werden, als er den Antragsteller benachteiligt, also nicht zugleich auch die teilweise Genehmigung [173]).

Durch eine Versagung oder auch nur eine teilweise Versagung (Maßgabe) wird aber auch kein besonderes Verbot ausgesprochen, sondern es bleibt der bisherige Zustand der rechtlichen Unfreiheit insofern einfach bestehen. Das objektive Recht wird also in einem geringeren Umfange geändert, als dies vom Bauherrn beantragt war. Die Maßgaben sind daher auch keine Befehle, wie es die unechten Bedingungen sind. Baut der Gesuchsteller aber trotzdem der Maßgabe zuwider, so führt er einen Bau mit eigenmächtiger Abweichung vom genehmigten Bauplan im Sinne von § 367 Ziff. 15 StGB. aus und macht sich strafbar. Er könnte auch zwangsweise am Weiterbau von der Polizei gehindert werden, sei es durch Ausübung der Sicherheitspolizei (Verhinderung der strafbaren Handlung des § 367 Ziff. 15 StGB. [174])) oder durch Zwangsmittel aus § 132 Ziff. 3 LVG.

IV. b) 1. aa) I. aaa) bbb) Unmittelbare und mittelbare Maßgaben.

Diese vorstehenden Ausführungen gelten ohne Unterschied für die beiden Arten von Maßgaben: die unmittelbaren wie auch für die mittelbaren. Von beiden ist die unmittelbare Maßgabe diejenige, welche im täglichen Leben den Hauptraum einnimmt. Ist sie es doch, die im Gegensatz zur mittelbaren Maßgabe in ihrem negativen Teile sich unmittelbar auf die Gestaltung des Bauwerkes und des Platzes im einzelnen bezieht, während die mittelbare Maßgabe die Gestaltung des Bauwerks und Platzes nicht berührt, sondern durch ihren negativen Teil das Gesuch lediglich aus rechtlichen [175]) Gründen ablehnend bescheidet [176]). Bei der unmittelbaren Maßgabe ist also davon auszugehen, daß sie in dem Bauvorhaben, d. h. den Angaben des Gesuches über Gestaltung und Platz des Bauwerkes, einen „praktischen Anlaß“ [177]) finden muß, und zwar entweder, um zwingende gesetzliche Vorschriften zur Geltung zu bringen oder um durch

---

[173]) Sehr fein ist der Vergleich Kormanns (Nr. 52 d. Verz.) § 20 II S. 161 zwischen dieser Rechtslage und der des § 139 BGB. (wohl in Verbindung mit § 142 Abs. 1 BGB.). Aber BGB. und öffentliches Recht gehen hier auseinander.

[174]) Da die Versagung bzw. die versagenden Maßgaben keine Befehle sind, deren Erfüllung durchzusetzen wäre, liegt aber auch im Falle einer rechtswidrigen Abweichung vom genehmigten Bauplane zugleich eine Polizeiwidrigkeit nur vor, wenn das unerlaubt aufgeführte Bauwerk auch gegen materielle Bauvorschriften verstößt. Rudorff a. a. O. C S. 50.

[175]) Beispielsweise: Eine Bauerlaubnis für ein Stallgebäude wird mit der Maßgabe erteilt, daß eine hohe Mauer, die gröbliches Verunstalten des Straßenbildes durch den Stall verhindern soll, errichtet werden muß. Rudorff a. a. O. C II, 8 S. 51—53.

[176]) Rudorff a. a. O. S. 31 u. 52.

[177]) Rudorff a. a. O. S. 32 und Anm. 4 S. 33 und Anm. 1 u. 2.

pflichtmäßige Ausübung freien Ermessens schutzwürdige öffentliche Interesses wahrzunehmen.

IV. b) 1. aa) II. Bedingungen im engeren Sinne.

Weiter gehören zu den echten Bedingungen außer den Maßgaben noch die Bedingungen im engeren (eigentlichen) Sinne. Die Bedingungen im engeren Sinne (aufschiebende und auflösende Bedingungen) stellen im Gegensatz zu den Maßgaben keine teilweise Genehmigung oder Versagung des Antrages dar, sondern sie machen die Wirksamkeit der ganzen Erlaubnis von einem zukünftigen ungewissen Ereignis, dem Eintritt der Bedingung, abhängig. Hierdurch unterscheiden sie sich deutlich von den Maßgaben, welche dem Gesuchsteller von Anfang an Gewißheit, jedoch seinem Gesuche eine andere Richtung geben. Ob also im Falle der Beifügung einer Bedingung im engeren Sinne die ganze Erlaubnis versagt oder gewährt ist, kann vor ihrem Eintritte nicht gesagt werden.

Die Nichtbefolgung von Bedingungen im engeren Sinne ist aber auch strafbar gemäß § 367 Ziff. 15 StGB. Denn erst nach Eintritt der Bedingung wird die Erlaubnis wirksam, d. h. objektive Verbotsgesetze für diesen Fall aufgehoben.

Wie die Maßgaben, so unterliegen auch diese Bedingungen einer selbständigen Anfechtung durch den Gesuchsteller.

Beispiele für diese Bedingungen im engeren Sinne geben die §§ 11 und 12 des preuß. Fluchtliniengesetzes, sowie ein von der Baupolizeibehörde hinzugefügter Widerrufsvorbehalt für gewisse Fälle (auflösende Potestativbedingung [178]).

Die Folgen des Eintrittes der auflösenden Bedingung sind, daß der Bauherr nunmehr ohne Erlaubnis baut, ferner, daß das bereits errichtete Bauwerk als ohne Erlaubnis gebaut anzusehen ist. Es ist daher an Hand des materiellen Baurechts zu prüfen, ob es trotzdem bestehen bleiben soll oder nicht [179]). Ferner gehören hierher diejenigen Fälle, in denen die Wirksamkeit der Bauerlaubnis von der Zustimmungserklärung Dritter z. B. anderer Behörden abhängig gemacht ist [180]). Ferner die Erfüllung von Verpflichtungen, die außerhalb des Machtbereiches der Baupolizeibehörde liegen, wie die Straßenanlegungspflicht (Kommunalangelegenheiten).

Auch die Bedingungen im engeren Sinne sind, wie die Maßgaben, mit denen sie zusammen das Gebiet der echten Bedingung ausmachen,

---

[178]) vgl. hierzu Rudorff a. a. O. C III S. 55—60; Rumpelt (Nr. 74 des Verz.) § 30 Abs. 2 und Anm. dazu S. 137; Pr. OVG. in Baupol. Mitt. (Nr. 14 des Verz.) Bd. 8, 1911, S. 71. Baupolizeiliche Genehmigung unter Widerrufsvorbehalt. Bau war bereits ausgeführt. Baugenehmigung wurde zurückgezogen.

[179]) Strafrechtlich hat allerdings der Bauherr hier mit Erlaubnis gebaut; denn diese hatte er zur Zeit seines Handelns.

[180]) Rudorff a. a. O. C III S. 56; Hatschek (Nr. 31 des Verz.) § 22 III, 2 S. 141.

Bestandteile der Bauerlaubnis, des staatlichen Ausspruchs eines Dürfens. Sind sie zulässig hinzugefügt, so sind sie auch untrennbare Bestandteile der Bauerlaubnis geworden und teilen, was noch darzulegen sein wird, ihr Schicksal.

IV. b) 1. bb) Unechte Bedingungen.

Im starken Gegensatz hierzu stehen die sogenannten unechten Bedingungen oder Auflagen. Sie sind Nebenbestimmungen, die den Namen „Bedingung" überhaupt nicht verdienen, weil sie mit der Erlaubnis selbst in keinem inneren, sondern höchstens äußeren Zusammenhange stehen, indem sie durch dieselbe Verfügung dem Gesuchsteller eröffnet werden. Das Wesen der unechten Bedingungen, richtiger Auflagen, besteht in ihrer Selbständigkeit[181]) als Staatsakt neben (nicht innerhalb, wie die echten Bedingungen) der Bauerlaubnis, einerlei ob sie Befehle (gleich Anordnungen im Sinne des § 133 LVG.) oder reine Mahnungen der Baupolizeibehörden sind[182]). Hierher rechnet Rudorff[183]) Befehle, die sich auf die handwerksmäßige Bauausführung beziehen (Aufstellung der Gerüste usw.), Pflicht zur Anlegung des Vorgartens nach dem Fluchtliniengesetz. Aus der Selbständigkeit der Auflage folgt, daß die Nichtbefolgung von Auflagen den Bestand der Bauerlaubnis (anders bei den Bedingungen im weiteren Sinne) unberührt läßt. Die Baupolizeibehörde kann aber hier mit Zwang und Strafe[184]) diese Auflagen und deren Pflichten durchsetzen. Die Auflage zwingt, sie suspendiert nicht[185]), und gerade hierin liegt ein Mittel zur Unterscheidung: Der Eintritt des Erfolges der Auflage ist erzwingbar, nicht dagegen der der echten Bedingungen im weiteren Sinne, dieser ist objektiv ungewiß. Dies ergibt sich ferner auch aus der Überlegung, daß die Auflage keine Änderung des objektiven Rechtes bedeutet, sondern gerade etwas Neues schafft, aber keine Rechte, sondern gerade Pflichten. Sie ändern also das subjektive öffentliche Recht und erzeugen Ansprüche des Staates gegen den Bauherrn.

Von den Maßgaben, den Bedingungen im engeren Sinne, unterscheidet sich die Auflage ferner noch dadurch, daß sie der Bauerlaubnis auch dann hinzugefügt werden kann, wenn an sich ein Anspruch auf glatte

---

[181]) Kormann (Nr. 52 des Verz.) § 18 II, 1 S. 138.

[182]) Dabei muß aber beachtet werden, daß Rechtsbedingung für den in einer Auflage enthaltenen Befehl die Gebrauchnahme der Bauerlaubnis ist. Ackermann II, 1 § 11 3d S. 70; Kormann (Nr. 52 des Verz.) § 18 III, 1 S. 144/45. Insoweit besteht also ein gewisser Zusammenhang, der auch bei den Anfechtungsfristen hinsichtlich der Auflage und der Bauerlaubnis selbst zu bemerken ist. Hatschek a. a. O. § 22 IIIb S. 142/43; vgl. hierzu ferner § 17 Abs. 4 des preuß. Ansiedl. G.: „Macht der Antragsteller von der Ansiedlungsgenehmigung Gebrauch, so ist er zu den Leistungen verpflichtet."

[183]) Rudorff a. a. O. DI—III S. 60—63.

[184]) Fleiner a. a. O. § 12 II, 1 S. 179 § 24 S. 382.

[185]) Kormann (Nr. 52 des Verz.) § 18 II, 1 S. 138.

Erteilung der Bauerlaubnis besteht[186]). Des weiteren kann sie selbständig angefochten werden, ohne daß im Falle ihrer Aufhebung die Bauerlaubnis hiervon berührt würde. Der Bauherr kann ferner eine mit einer Auflage beschwerte Bauerlaubnis zunächst einfach hinnehmen, ohne die Auflage zu erfüllen und diese erst dann anfechten, wenn er zu ihrer Erfüllung angehalten wird[187]).

IV. b) 2. Zeitpunkt der Hinzufügung von Nebenbestimmungen.

Aus ihrem Wesen als selbständiges Rechtsgeschäft, als Befehl, folgt, daß die Auflagen nicht begriffsnotwendig zugleich mit der Bauerlaubnis dem Gesuchsteller auferlegt zu werden braucht. Vielmehr sind nachträgliche Auflagen in allen Stadien des Bauens d. h. vor und nach dem Baubeginn, vor und nach einer etwaigen Weiterwirkung, ja unter Umständen sogar nach Fertigstellung des Baues an sich zulässig und rechtmäßig.

Dieser Standpunkt muß aber eine Einschränkung erfahren. Eine schrankenlose Hinfügung nachträglicher Auflagen kann nämlich den rechtskräftig festgestellten Anspruch in seiner Benutzung beeinträchtigen. Auch würde die zugunsten des Bauherrn erfolgte Änderung des Rechtes im objektiven Sinne vereitelt werden können. Durch die Erzeugung von Rechten im subjektiven Sinne kann aber das objektive Recht nicht geändert werden. Dies wird stets dann der Fall sein, wenn die Auflage sich auf demselben Gebiete bewegen sollte wie die Bauerlaubnis selbst, also wenn sich die Auflagen auf die Tätigkeit des Bauens und späteren Stehendürfens (Gefährlichkeit des Bauens und Baues) bezieht. Eine derartige nachträgliche Auflage wäre naturgemäß infolge der materiellen Rechtskraft der Bauerlaubnis unzulässig und anfechtbar. Denn das der Erteilung der Erlaubnis vorangehende Verfahren hatte den Zweck, alle maßgebenden Gesichtspunkte, auch die einer künftigen Gefährlichkeit, erschöpfend zu regeln. Ist aber seinerzeit eine erschöpfende Prüfung und Regelung des Bauvorhabens erfolgt, so kann die Baupolizeibehörde nicht noch nachträglich ihre frühere Entscheidung durch Auflagen abändern. Daran hindert sie, wie schon ausgeführt, die materielle Rechtskraft und der aus ihr entspringende negative Unterlassungsanspruch.

Diese hier vertretene Ansicht stimmt mit der Regelung, wie sie bei den der Bauerlaubnis nach unserer Ansicht nachstehenden gewerblichen Erlaubniserteilungen getroffen ist, im wesentlichen überein[188]). Denn gemäß §§ 16 ff. GewO. genehmigte Unternehmen können auf den Betrieb des Unternehmens gerichtete „besondere" (d. h. andere Staatsbürger in der Regel nicht ebenfalls treffende nachträgliche polizeiliche) Auflagen und Bedingungen

---

[186]) Otto Mayer (Nr. 63 des Verz.) § 22 III, 3 und Anm. 19; vgl. jedoch S. 42/43.

[187]) Kormann (Nr. 52 des Verz.) § 18 II, 1 S. 138.

[188]) Landmann-Rohmer (Nr. 58 des Verz.) § 18 Anm. 5 S. 221.

nicht mehr gemacht werden. Die materielle Rechtskraft des ergehenden Bescheides steht andererseits aber nur denjenigen nachträglichen Auflagen entgegen, die sich auf die Tätigkeit des Bauens und ihr Ergebnis beziehen, nicht aber denjenigen nachträglichen Auflagen entgegen, die sich beispielsweise auf die Benutzung des Bauwerkes beziehen und seine gegenwärtige und künftige Gestaltung unberührt lassen. Diese Art der Auflagen, die sich nur mittelbar auf das Bauunternehmen beziehen, mögen im Gegensatz zu den anderen, den unmittelbaren, als mittelbare Auflagen bezeichnet werden. In diesem Sinne hat sich unseres Erachtens auch das preuß. OVG. in einer von Rudorff besprochenen Entscheidung geäußert[189]: Nicht der bauliche Zustand der Gebäude hat zum Einschreiten Veranlassung gegeben, sondern der Umstand, daß in diese Gebäuden ein besonders feuergefährlicher Stoff in erheblichen Mengen gelagert wird. Sobald der Spiritus aus den Gebäuden entfernt wird, liegen gegen letztere polizeiliche Bedenken nicht vor usw." Deshalb ist auch die ergangene Verfügung die Mauern zu verstärken, widrigenfalls die zwangsweise Entfernung des Spiritus erfolgen werde, zulässig. Die übergroße Belastung mit Spiritus stellte die Polizeiwidrigkeit dar, nicht die geringe Mauerstärke. Unzulässig wäre also eine Auflage des Inhalts gewesen, daß dem Hauseigentümer aufgegeben würde, die Mauern zu verstärken, unter Androhung einer Zwangsstrafe oder etwa der Androhung, daß im Weigerungsfalle die Verstärkung durch einen Dritten vorgenommen werden würde; denn dies wäre eine unmittelbare Auflage in unserem eben genannten Sinne.

Die unmittelbaren nachträglichen Auflagen werden aber wegen der vorgängigen umfangreichen Prüfung des Bauvorhabens eine nur geringe Rolle spielen. Dagegen sind die mittelbaren Auflagen, die die Benutzung des Bauwerkes regeln wollen, nachträglich stets zulässig (ohne Entschädigung), da jeder Staatsbürger sein Eigentum nur innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetze benutzen darf. Man kann daher sagen, daß nach preußischem Recht[190] nachträgliche Auflagen mit Ausnahme jener sogenannten unmittelbaren zulässig sind.

Was aber für die nachträglich unzulässigen Auflagen gilt, muß im verschärften Maße naturgemäß für die nachträgliche Hinzufügung echter Bedingungen gelten. Da diese, wie schon dargelegt, Bestandteile der Bauerlaubnis werden, so kann ihre nachträgliche Hinzufügung ohne Änderung der Bauerlaubnis nicht erfolgen. Diese ist aber unzulässig. In der Zwischenzeit zwischen Erteilung der Bauerlaubnis und dem Baubeginn kann die Bauerlaubnis noch zurückgenommen, also auch, als das Mindere, mit Nebenbestimmungen[191] beschwert werden, falls sich die äußeren Umstände geändert haben sollten (s. oben S. 40/41.

---

[189] Rudorff a. a. O. D III S. 62/63.
[190] Hatschek (Nr. 31 d. Verz.) § 22 III, 3 S. 143.
[191] Sächs. OVG. in Baupol. Mitt. (Nr. 14 d. Verz.) Bd. 3, 1906, S. 30, 140, 195.

Nach erfolgtem Baubeginn können nachträgliche Nebenbestimmungen nur in seltenen Ausnahmefällen hinzugefügt werden. Ergibt sich nämlich beispielsweise, daß das genehmigte Bauvorhaben, sei es die Bautätigkeit oder das fertige Bauwerk, „überwiegende Nachteile und Gefahren" für das Gemeinwohl mit sich bringt, so kann aus dem Gesichtspunkte eines gewissen Notstandsrechtes heraus unter gerechter Abwägung der maßgebenden Rechtsgüter die Bauerlaubnis zurückgenommen werden entsprechend den Vorschriften von § 51 GewO., § 70 der Einleitung zum ALR. Besteht aber eine rechtliche Möglichkeit, die Bauerlaubnis sogar zurückzunehmen, so ist es als das Mindere auch zulässig, sie mit Nebenbestimmungen zu beschweren[192]).

IV. b) 3. Die Weiterwirkung und die Nebenbestimmungen.

Nach dem Vorstehenden können also zwei große Gruppen von Nebenbestimmungen unterschieden werden, nämlich diejenigen Nebenbestimmungen, die Bestandteile der Bauerlaubnis werden (gleich echte Bedingungen), und die selbständigen Nebenbestimmungen (Auflagen). Aus dem Wesen dieser Nebenbestimmungen wie ihrem Verhältnis zur Bauerlaubnis beantwortet sich ohne weiteres die Frage nach der Weiterwirkung dieser Nebenbestimmungen.

Geht die Bauerlaubnis infolge einer Weiterwirkung über, so müssen es auch mit Rechtsnotwendigkeit ihre sämtlichen Bestandteile, die unter dem Namen der echten Bedingungen zusammengefaßt sind; denn sie sind infolge ihrer Bestandteilseigenschaft untrennbarer Teil der Bauerlaubnis geworden und teilen demgemäß auch deren Schicksal (man könnte hier auch an die wesentlichen Bestandteile des bürgerlichen Rechts gemäß § 91 BGB. denken[193]).

Zu den Bestandteilen einer Bauerlaubnis gehört übrigens auch eine Ausnahmebewilligung (Dispens[194]). Deshalb muß für sie dasselbe hinsichtlich der Weiterwirkung gelten wie für die Bauerlaubnis selbst und ihre echten Bedingungen. Sie ist ebenfalls der Ausspruch eines Dürfens, nur mit dem Unterschiede, daß sie ergeht auf Grund eines Erlaubniseinholungs- und Gewährungsvorbehaltes[195]), der sich auf das materielle[196])

---

[192]) In diesem Falle müßte allerdings entsprechend den vorgenannten Vorschriften Entschädigung geleistet werden. Diesen Standpunkt vertritt folgerichtig Otto Mayer (Nr. 63 d. Verz.) § 22 IV, 3 S. 256 und Anm. 35. Es handelt sich dann um eine Art Enteignung; vgl. hierzu S. 22/23 oben, insbesondere Anm. 93.

[193]) So Rudorff a. a. O. C III S. 60; Ackermann a. a. O. § 11 S. 70.

[194]) Otto Mayer (Nr. 63 d. Verz.) § 22 II, 3 S. 251; Pr. OVG. in Baupol. Mitt. (Nr. 14 d. Verz.) Bd. 11, 1914, S. 11 r.; „. . . Dieser (der Dispens) besteht in der Änderung des objektiven Rechtes für bestimmten Baufall"; ebendort S. 171 Pr. OVG. Dispens-Änderung des materiellen öffentlichen Baurechts!

[195]) vgl. oben S. 9 und Anm. 27 u. 28 dort.

[196]) Ackermann a. a. O. § 23 S. 146; Pr. OVG.

Baurecht bezieht. Durch eine Ausnahmebewilligung wird ebenfalls wie durch die Bauerlaubnis das Recht im objektiven Sinne im Hinblick auf § 909 BGB. zugunsten des Gesuchstellers geändert, jedoch mit dem Unterschiede von der Bauerlaubnis selbst, daß hier nach der Erteilung der Bauerlaubnis noch verbleibende, die volle Ausübung der Befugnisse des § 903 BGB. hindernde Vorschriften des materiellen Baurechts im gewissen Umfange ebenfalls noch beseitigt werden, so daß das so geschaffene Sonderrecht für das Baugrundstück besondere Bedeutung hat. Die Einschränkung der Bauerlaubnis (Maßgaben und Bedingungen) wie ihre Erweiterungen (Ausnahmebewilligung) kommen somit als Bestandteil wie die ganze Bauerlaubnis infolge der Weiterwirkung einem Rechtsnachfolger zugute.

Das Gegenteil muß aber hinsichtlich der unechten Bedingungen, der Auflagen, gelten. Da sie keine Bestandteile der Bauerlaubnis sind, sondern selbständige Befehle, die nur in äußerem losen Zusammenhange mit jener stehen, teilen sie naturgemäß nicht das rechtliche Schicksal der Bauerlaubnis, sondern müssen in ihrer Wirkung und deren Beendigung ebenfalls selbständig bewertet werden. Hieraus folgt, daß sie nur für den ersten (Verfügungs-) Empfänger, und nicht zu Lasten eines etwaigen Rechtsnachfolgers, gelten. Einem Rechtsnachfolger gegenüber, dem die Bauerlaubnis infolge der Weiterwirkung zugute kommt, müssen sie daher stets erneuert werden[197]). Dies entspricht dem Wesen des öffentlichen Rechts, welches zwar eine Gesamtrechtsnachfolge in Pflichten, aber eine Sondernachfolge in diese nur als Ausnahmefall kennt[198]) (Schuldübernahme des öffentlichen Rechts!).

Dieser Standpunkt muß nach preußischem Recht und diesen Ausführungen folgerichtig vertreten werden[199]).

Anders dagegen treffen in einigen außerpreußischen Ländern den Rechtsnachfolger auch die Pflichten der selbständigen Auflagen, aber dies

---

[197]) So zutreffend Rudorff a. a. O. D III S. 64; and. A. O. Mayer a. a. O. § 2 II, 3 S. 251; Ackermann a. a. O. § 11 S. 70; and. A. für das Gebiet des Gewerberechts Landmann (Nr. 57 d. Verz.) § 147 Anm. 4e S. 768.

[198]) Fleiner a. a. O. § 10 I, 2 S. 143/44; Sächs. OVG. Jahrb. 1 S. 126: „Die Verbindlichkeit zur Erfüllung der sog. Anliegerlasten kommt zur Entstehung durch das Bauen als die notwendige gesetzliche Folge dieses tatsächlichen Vorganges. Sie ist nicht an die Person des Bauenden, sondern ausschließlich und unlöslich an das Unternehmen geknüpft. Sie ergreift folglich jeden, der das Unternehmen zu dem seinen macht, der die rechtliche Verfügungsgewalt über es erwirkt. Wenn daher in der Entscheidung der Kreishauptmannschaft gesagt ist, daß die Anliegerlasten eine auf dem Grundstück ruhende öffentliche Last darstellen, so ist diese Auffassung durchaus zutreffend." Vgl. dazu auch Begründung zu § 2 sächs. Baugef. und Rumpelt (Nr. 74 d. Verz.) § 39 Anm. 8 S. 152/53.

[199]) Kormann (Nr. 52 d. Verz.) S. 138/39: „... Letztere (d. h. die Auflagen) sind selbständige dem Verw.-Akte beigefügte Bestimmungen, die für den Staatsbürger Verpflichtungen erzeugen, die erzwingbar sind. Da sie selbständig sind, treffen sie einen Rechtsnachfolger in der Regel nicht."

nur vermöge besonderer gesetzlicher Bestimmungen, so der Länder Sachsen, Baden und Württemberg [200]).

Zur Kundbarmachung dieser öffentlichen Lasten sind öffentliche Bücher [201]) (Oblasten- oder Baulastenbücher) in diesen Ländern eingerichtet, in welche alle solche öffentlichrechtliche Lasten eingetragen werden. Erst durch diese besondere Einrichtung der Eintragung werden diese Auflagen mit einer Dauerwirkung [202]) gegen fernere Rechtsnachfolger versehen. In der Person der Rechtsnachfolger entsteht dann die Verpflichtung stets neu (originär [203]).

So heißt es im § 2 des Allgemeinen Baugesetzes für das Kgr. Sachsen vom 1. 7. 1900:

> „Verpflichtungen, die durch baugesetzliche Vorschriften unmittelbar oder auf Grund solcher von der Baupolizeibehörde einzelnen Grundstücken auferlegt, ... haften als öffentlichrechtliche Lasten auf den Grundstücken und gehen ohne weiteres auf den Nachfolger im Eigentum über ...
>
> § 4. „Zur Beurkundung baurechtlicher Verpflichtungen ist ... ein von der Ortspolizeibehörde zu führendes öffentliches Oblastenbuch anzulegen [204])."

Sind aber solche besonderen Gesetzesbestimmungen nicht vorhanden, so müssen folgerichtig, wie schon gesagt, alle Auflagen dem Rechtsnachfolger gegenüber erneuert werden, da es eine Nachfolge in Pflichten hier nicht gibt.

IV. c) Die Versagung der Bauerlaubnis und die Rechtsnachfolge.

Aus den vorstehenden Ausführungen geht hervor, daß für die Bauerlaubnis in Übereinstimmung mit vielen Schriftstellern sowie der Gesetzgebung einiger deutscher Länder eine Weiterwirkung für den privatrechtlichen Erwerber des baupolizeilich wesentlichen Lebenskreises angenommen werden soll, und daß diese Weiterwirkung auch die Bestandteile einer Bau-

---

[200]) Fleiner a. a. O. § 10 I, 2 Anm. 30 S. 144/45; Sächs. OVG. in Baupol. Mitt. (Nr. 14 d. Verz.) Bd. 2, 1905, S. 24 „... nach den Bestimmungen des sächs. Baugef. haften solche Verpflichtungen als öffentlichrechtliche Lasten auf dem Grundstück und gehen ohne weiteres auf den Nachfolger im Eigentume über." ... Vgl. auch Jahrb. des Sächs. OVG. (Nr. 39 d. Verz.) Bd. 5 S. 135.

[201]) Ins Grundbuch können sie nicht eingetragen werden, denn dies dient nur dem Privatrechtsverkehr.

[202]) Sie erlöschen auch durch eine Zwangsversteigerung nicht, sondern gehen auf den Ersteigerer über. Vgl. § 10 Abs. 1 Nr. 3 und § 156 Abs. 1 des RGes. über Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.

[203]) Apelt (Nr. 7 d. Verz.); „... Auf der anderen Seite ist die Verpflichtung derart mit dem Grundstück verknüpft, daß sie ohne weiteres einen jeden ergreift, der das Eigentum daran erwirbt, so daß, wie Fleiner es ausdrückt (Inst. S. 141), mit dem Besitzantritt zwischen jedem neuen Besitzer und der öffentlichen Verwaltung das Rechtsverhältnis neu begründet wird.

[204]) Rumpelt a. a. O. § 2 Anm. 4 S. 84 und Anm. 8 S. 86.

erlaubnis — echte Bedingungen und Ausnahmebewilligungen — umfaßt, im allgemeinen nicht dagegen etwa hinzugefügte selbständige Befehle, sondern dies nur in besonders gesetzlich geregelten Fällen.

Es erhebt sich schließlich noch die anhangsweise kurz zu berührende Frage, ob es, wie für den positiven Ausspruch der Erlaubnis, so auch hinsichtlich deren gänzlicher Versagung dem Vormanne gegenüber für den Erwerber und Rechtsnachfolger im Eigentume eine Art Nachwirkung gibt. Mit anderen Worten: kann der Rechtsnachfolger die an seinen Vorgänger gerichtete Versagungsverfügung bezüglich der von diesem beantragten Bauerlaubnis aus eigenem Rechte anfechten oder die Anfechtung im Verwaltungsstreitverfahren weiterbetreiben? (d. h. noch während der für den Rechtsvorgänger laufenden Anfechtungsfrist). Dieser Tatbestand scheint übrigens auch der an anderer Stelle schon erwähnten Entscheidung des preuß. OVG.[205]) v. 19. 5. 1905 zugrunde zu liegen. Das preuß. OVG. hat diese Frage zugunsten des Rechtsnachfolgers im Privatrecht bejaht. Diesem Standpunkt kann aber doch wohl nicht beigepflichtet werden. Nach der ständigen Rechtsprechung der preuß. OVG. ist zur Anfechtung einer polizeilichen Verfügung allerdings nicht allein der unmittelbar betroffene Verfügungsempfänger, sondern auch ein mittelbar betroffener berechtigt, wenn nur sein Recht, d. h. sein rechtlich geschütztes Interesse verletzt ist, sei es auch nur mittelbar[206]). Dieser Grundsatz, den das preuß. OVG. in der angezogenen Entscheidung verwendet, kann hier u. E. jedoch nicht zutreffen. Denn einmal sind zur Zeit der Eröffnung der versagenden Verfügung die Rechte des noch außerhalb stehenden Klägers (Rechtsnachfolgers) nicht verletzt worden, da er noch keinerlei Rechtsbeziehungen zum Bauvorhaben und Grundstück hat. Diese Rechtsbeziehungen erhielte er doch erst durch einen späteren Erwerb des Grundstücks. Ferner erhält er durch den Eigentumserwerb auch nicht etwa ein mit einem Bauverbot besonders belastetes Grundstück; denn die Versagung der Bauerlaubnis ist kein besonderes Bauverbot, sondern lediglich die Erklärung, den Ausspruch des Dürfens nicht abgeben zu wollen. Hinderlich für den neuen Eigentümer ist also lediglich das allgemeine Bauverbot. Dies Hindernis kann er aber nur durch einen eigenen neuen Bauantrag zu beseitigen versuchen.

Hat aber der Rechtsvorgänger eine Maßgabe, Auflage, Versagung bereits angefochten und findet während des Verwaltungsstreitverfahrens eine Rechtsnachfolge statt, so kann der Rechtsnachfolger in das schwebende Verfahren eintreten an Stelle des bisherigen Klägers, dessen Sachbefugnis (Aktivlegitimation) durch die Weiterwirkung fortgefallen und vom Rechtsnachfolger erworben ist (§ 265 Abs. 3 ZPO.[207]). Denn sachbefugt ist jetzt nur der Rechtsnachfolger im Privatrecht. Dieser kann in den Rechts-

[205]) Pr. OVG. Bd. 47 S. 398.
[206]) Hatschek (Nr. 31 des Verz.) § 54 IV S. 147.
[207]) Hatschek a. a. O. § 49 II, 3b S. 378.

ſtreit aber nur eintreten, wenn die Möglichkeit der Weiterwirkung gegeben iſt. Wie oben bereits ausgeführt, iſt dies nur nach Baubeginn der Fall. Nur wenn alſo der Kläger den Bau begonnen und erſt dann angefochten hat, und durch die Weiterwirkung der Rechtsſtellung aus der Bauerlaubnis auch die Sachbefugnis auf den Rechtsnachfolger übergegangen iſt, kann dieſer in den anhängigen Verwaltungsſtreit eintreten[208]). Eine reine bereits angefochtene Verſagung kann durch den Rechtsnachfolger aber auch im Wege des Eintritts in den Rechtsſtreit nicht angefochten werden; denn hier wäre für eine Weiterwirkung kein Raum.

C. Schlußwort.

Die der Arbeit vorangeſtellte Streitfrage iſt durch dieſe Ausführungen im bejahenden Sinne gelöſt. Eine Bauerlaubnis wie jede andere Erlaubnis ihrer Art — d. h. in bezug auf ein nur mit ſachlich polizeilich bedeutſamen Mitteln geplantes Unternehmen — wirkt zugunſten eines privatrechtlichen Rechtsnachfolgers in dem polizeilich bedeutſamen Lebenskreis fort einſchließlich ihrer Beſtandteile. Dieſe Erſcheinung heißt Nachwirkung oder in dieſer Arbeit Weiterwirkung.

---

[208]) Derſelbe ebendort § 49 II, 3a S. 368.

Lebenslauf.

Geboren wurde ich, Franz Georg Kurt Alt, am 1. Juli 1900 zu Lorsch in Hessen als Sohn des Fabrikbesitzers, jetzigen Kaufmanns, Karl Alt und seiner Gemahlin Luise geb. Hassel. Ich bin lutherisch und besitze die preußische Staatsangehörigkeit. Nach dreijährigem Besuch der Volksschule in Bensheim besuchte ich nach der 1909 erfolgten Übersiedlung meiner Eltern nach Bremen dort das „Alte Gymnasium". Nach meiner Notreifeprüfung im Juni 1918 wurde ich am 20. Juni 1918 zum Ersatz-Feldartillerieregiment „Jüterbog" eingezogen, von wo ich am 14. November 1918 entlassen wurde.

Ich widmete mich darauf dem Studium der Rechte, und zwar war ich drei Semester in Heidelberg (1919—1920) und vier Semester in Göttingen (WS. 1920 bis SS. 1922). Hier beschäftigte ich mich zuletzt vornehmlich mit den Gebieten des öffentlichen Rechtes als Hörer von Herrn Professor Dr. Hatschek, dem ich auch die Anregung zu meiner Dissertation verdanke.

Nach meinem am 15. Dezember 1922 bestandenen Referendarexamen bin ich als Gerichtsreferendar im Vorbereitungsdienst tätig.